J. rom. m.
222. nf.

Gesterding

J. rom. m
222 nf

N 161

	fl.	kr.
Preis	—	42
Band	—	12
	—	54

Häußner

Bezirksrichter zu Kaiserslautern
den 8ten Februar 1825.

[illegible]

Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts

nach Grundsätzen des Römischen Rechts

von

Dr. F. Gesterding.

Greifswald,
bey Ernst Mauritius. 1812.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Die Materie, der nachstehende Blätter gewidmet sind, schien dem Verfasser eine Bearbeitung zu verdienen und zu bedürfen. Sie gehört zu den subtilsten des Römischen Rechts und bietet kein geringes, sowol theoretisches, als practisches Interesse dar. Dennoch fand der Verfasser in den Schriften der Rechtsgelehrten über sie nichts, was ihn befriedigt hätte. Er entschloß sich daher, durch eigne Forschung sich Licht zu verschaffen, und bietet hier die Resultate seines Nachdenkens dem Publikum dar.

Er darf auf einige Nachsicht von Seiten der Critik Ansprache machen. Nicht nur sind es die Erstlinge seines literarischen Fleißes, die er hier darbringt, sondern, wenn er, statt der Wahrheit, der er eifrig nachstrebte, hin und wieder nur ihren Schein gehascht haben sollte, so wird man dies in einer Materie verzeihlich

finden, bey deren Untersuchung die größten Rechtsgelehrten mit einander, ja mit sich selbst in Widerspruch gerathen sind oder gestehen, daß sie mit Sicherheit nicht wissen, woran sie sind und welcher Meinung sie folgen sollen. Dies liegt, zum Theil wenigstens, in der Natur des Gegenstandes, welcher so geartet ist, daß er sehr verschiedene Ansichten zuläßt.

Es sind bey dieser Gelegenheit, ausser dem Hauptgegenstande der Schrift, einige andre Materien zur Sprache gekommen, die hier aber nur einen untergeordneten Rang haben und nicht ausführlich, wie sie es verdienten, erörtert werden konnten.

Der Verfasser hat, auf die Gefahr sich zu irren, überall seine eigne Meinung freymüthig zu äussern gewagt, und sollten seine Ansichten nicht immer die richtigen seyn, so kann die Aeusserung derselben vielleicht dazu dienen, bey andern bessere Ideen anzuregen. —

Greifswald den 1sten May 1812.

Inhalt.

§. 1. Nomen, Begriff desselben; — Nomen, als Object des Pfandrechts; — zwischen der Verpfändung des Nomen und der Res aliena debita ist nur die Form verschieden; — Verschiedenheit des verpfändeten Nomen nach dem Object der Verbindlichkeit; — es kann besonders verpfändet werden und ist in der allgemeinen Verpfändung begriffen; — ausdrückliche und stillschweigende Verpfändung des Nomen.

§. 2. Wie wird das (Conventional) Pfandrecht am Nomen bestellt? — Bloß durch das Pactum hypothecae; Gründe davon; — Erklärung der L. 7. C. de hered. vel act. vend.; sie redet nicht von einer symbolischen Uebergabe, sondern von einer stillschweigenden Verpfändung des Nomen; — Widerlegung andrer Gründe dagegen.

§. 3. Vom verpfändeten Pfande; — auch hier ist ein Nomen stillschweigend verpfändet; — Erklärung der L. 13. §. 2. de pign.

§. 4. Wirkungen der Verpfändung des Nomen; — jus exigendi des Gläubigers gegen den Schuldner seines Schuldners; — Pfandrecht an der Sache, die den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, sobald sie vom Schuldner bezahlt ist; — Compensation, wenn

die beigetriebene Schuld eine Quantitas (pecuniae) war; — wieweit sich das jus exigendi in diesem Fall erstreckt; — jus distrahendi nomen; — das Pfandrecht am Nomen erstreckt sich auch auf die Annexa desselben; — Identitaet der Wirkungen beym allgemeinen und besondern Pfandrecht am Nomen; — Uebergang zum folgenden Paragraphen.

§. 5. Ob die Klage des Pfandgläubigers gegen den Schuldner eine dingliche oder persönliche sey; — Gründe derjenigen, die selbige für die actio hypothecaria halten; Widerlegung derselben; — sie ist eine persönliche Klage; jedoch nicht die Klage des Schuldners, sondern der Gläubiger hat eine eigne Klage und ein eignes Recht.

§. 6. Von welcher Natur das Recht des Gläubigers sey, ob ein dingliches oder persönliches; — Gründe für das eine und für das andre; — Meinung Thibaut's über dingliches und persönliches Recht; — Meinung des Verfassers; — Unterschied zwischen dem Recht an der Sache an sich und dem Recht, die Sache gegen jeden Besitzer zu verfolgen; — das letztere ist nicht nothwendig mit dem erstern verknüpft; — Anwendung dieser Grundsätze auf das Pfandrecht überhaupt; — und auf das verpfändete Nomen insbesondre; — das Pfandrecht am Nomen ist ein dingliches Recht; Gründe davon; — Grund, warum die Verpfändung des Nomen bey den Römern erst späterhin Gültigkeit erlangte; — der Gläubiger hat kein Recht, das Objekt seines Rechts gegen jeden Besitzer zu verfolgen; — ein solches Recht ist hier weder möglich noch nützlich; — Rechtsverhältniß, wenn die Verbindlichkeit, als das Object des Pfandrechts, verändert wird — Recht des Gläubigers an dem Object der Verbindlichkeit; Natur desselben.

§. 7. Rechtsverhältniß des Dritten, begründet durch die Verpfändung des Nomen, 1) gegen seinen Gläubiger; Einreden des erstern gegen den letztern vor

und nach der dem Pfandgläubiger geleisteten Zalung; — 2) gegen den Gläubiger seines Gläubigers; er setzt ihm alle Einreden entgegen, die er vor der Verpfändung seinem Gläubiger auch hätte entgegensetzen können.

§. 8. Einreden, die dem Dritten gegen den klagenden Pfandgläubiger, als solchen, zustehen; — zuerst vom beneficio excussionis; — Meinungen der Rechtsgelehrten über die Anwendbarkeit desselben in diesem Fall; — worauf es bey Beantwortung dieser Frage nicht ankomme; — Meinungen Anton Fabers und Westphals; -- Meinung des Verfassers; -- der Grund des Gesetzes -- der Nov. 4. c. 2. -- paßt nicht für den gegenwärtigen Fall; -- worin dieser Grund bestehe; -- ob nicht schon nach dem Recht des Codex der Schuldner das beneficium excussionis gehabt habe; -- die aufgeworfene Frage wird verneint; -- vom beneficio excussionis beym Pignus judiciale; -- mögliche Anwendbarkeit des beneficii excussionis, nachdem der Dritte das schuldige Object seinem Gläubiger bezahlt hat; -- zuletzt vom beneficio cessionis.

§. 9. Wirkungen, die die Verpfändung des Nomen nicht hervorbringt; -- ob der Gläubiger ein Recht habe gegen den Dritten, an welchen der Verpfänder das Nomen, nach der Verpfändung, veräussert hat; -- Meinung Hubers und anderer; -- die Frage wird verneint; -- Fortdauer des Rechts des Gläubigers gegen den Dritten, nach allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts; Folgen davon.

§. 10. Fortsetzung. Ob der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, ein Separationsrecht beym Concurse des Pfandschuldners habe; -- bejahende Meinung der Rechtsgelehrten; -- Gründe davon und Widerlegung derselben; -- der Gläubiger kann von dem jus exigendi gegen den Dritten Gebrauch machen, obgleich seine Forderung an den Pfandschuldner noch nicht fällig geworden; -- er muß sich in den Concurs des Pfandschuldners einlassen.

§. 11. Aufhören des Pfandrechts am Nomen; -- davon im Allgemeinen; -- insbesondere, wenn das Nomen selbst aufhört, durch Verträge des Pfandschuldners mit dritten Personen; -- sie sind dem Pfandgläubiger nicht nachtheilig, ebensowenig wie die dem Pfandschuldner vom Dritten geleistete Zalung; -- hat der Gläubiger unterlassen, den Dritten von der geschehenen Verpfändung zu benachrichtigen, so gilt das Gegentheil; -- was Rechtens sey, wenn das verpfändete Nomen durch Compensation erlischt; Unanwendbarkeit des aufgestellten Unterschiedes, vor und nach der Denunciation, in Ansehung dieser Tilgungsart.

§. 12. Vergleichung der Veräusserung des Nomen mit der Verpfändung desselben; -- vorangeschickte Bemerkungen über die rechtliche Natur der erstern vor und nach Einführung der actio utilis; -- Puncte, worinn beide übereinkommen; -- worin sie von einander abweichen; -- besonders in Ansehung des Emolumenti juris; Folgen davon.

Vom Nomen und der Verpfändung desselben im Allgemeinen.

§. 1.

Zu den möglichen Objekten des Pfandrechts gehört, als Sache betrachtet, auch das Nomen [1]).

(1) *L.* 18. *pr. de pign. act.* Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est a praetore haec conventio. Ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicujus: id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. *L.* 20. *de pign.* Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat: etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit. *L.* 4. *C. quae res pign.* Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet.

Unter Nomen versteht die römische Rechtssprache — die Verbindlichkeit des Schuldners, aus welchem Grunde sie auch entstanden seyn mag (2). —

Nicht das Recht des Gläubigers (3) obgleich es sich von selbst versteht, daß der Verbindlichkeit des Schuldners ein Recht des Gläubigers als Correlat gegenüberstehen muß. Und zwar ein persönliches Recht. Es folgt dies aus dem Wesen der Obligatio, als welcher nur persönliche Rechte correspondiren (4). —

Auch nicht das Object der Verbindlichkeit oder das, was jemand zu fordern hat, aus irgend einer Art von Verbindlichkeit (5). Dies kann körperlich seyn, wohingegen das Nomen den unkörperlichen Sachen beigezählt wird.

---

(2) L. 19. D. de hered. vel act. vend. L. 11. §. 13. de legatis 3. — *L. 6. de V. S.* Nominis et rei appellatio ad *omnem* constractum et obligationem pertinet.

(3) In den bereits angeführten und andern Gesetzen z. B. L. 14. 17. de hered vel act. vend. wird das Wort immer in Beziehung auf den Schuldner gebraucht, was auch nach dem Begriff, der damit verknüpft ist, nicht anders seyn kann.

(4) §. 1. I. de act. L. 3. pr. D. de obl. et act.

(5) Wie Junker (praes. J. Hoffmann) diss. de hypotheca nominum §. 8. behauptet.

Nun kann aber Jemand eine Sache verpfänden, die er noch nicht in bonis hat, die ihm ein andrer zu geben schuldig ist. Ein solcher Vertrag gilt; um aber ein Pfandrecht an der Sache, die das Object der Verbindlichkeit ausmacht, zu erlangen, muß die Bedingung in Erfüllung gehen, die stillschweigend hiebey zum Grunde liegt; der Verpfänder muß in der Folge das Eigenthum der Sache, was er Anfangs bloß zu erlangen hoffte, wirklich erlangen (6).

---

(6) *L. 1. pr. D. de pign.* Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione. si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio (i. e. hypothecaria) dabitur; sed facilius erit possidenti retentio. L. 56. D. ad SCtum Trebell. Die L. 3. §. 1. D. qui pot. in pign., die man zum Beweise, daß eine res aliena debita verpfändet werden könne, mit anzuführen pflegt, scheint nicht hieher zu gehören. Sie spricht von dem Fall, wo ein Mandatar eine Sache für Jemanden erworben hat, die der Mandant in der Zwischenzeit, ehe sie ihm überliefert worden, dem einen und nach der Ueberlieferung einem andern aufs Neue verpfändet. Allein dieser Ueberlieferung bedurfte es ja nicht, um ihn zum Eigenthümer zu machen. Er war es schon zur Zeit der ersten Verpfändung, v. L. 13. pr. D. de acq. rer. dom. §. 1. I. per quas pers. cuique adq.

Ob aber Jemand die Verbindlichkeit seines Schuldners verpfändet oder das, was ein andrer ihm schuldig ist, scheint nur der Form nach verschieden zu seyn (7).

Auch bey der Verpfändung des Nomen ist die Absicht der Contrahenten zuletzt auf das Object der Verbindlichkeit gerichtet, als dasjenige, was die Sicherheit gewähren soll.

Wir nehmen daher nicht Anstand, den Satz aufzustellen, daß die Gesetze, die zunächst von der einen Form gelten, aus denen der andern Form ergänzt werden müssen. Wir wagen hiebey nicht zu viel, da wir weiter unten bey dem Beyspiel des verpfändeten Pfandes die Bestätigung dieses Satzes finden werden.

Wer also das Nomen seines Schuldners verpfändet, hat eben dadurch zugleich die Sache, die der andre schuldig ist, letztere auf den Fall, daß sie ihm oder andern für ihn überliefert und er dadurch Eigenthümer geworden, oder wenigstens in die Lage gekommen ist, usucapiren zu können (8), im Voraus vetpfändet und umgekehrt,

---

(7) Eben weil zwischen der Veräusserung des Nomen und des Id, quod debetur, materialiter kein Unterschied ist, erklärt es sich, warum die Gesetze in der Materie vom Vermächtniß des Nomen das eine für das andre gebrauchen, L. 44. §. 6. L. 75. §. 1 et 2. L. 82. §. pen. L. 105. de leg. 1. L. 11. §. 13. cit. L. 34. pr. L. 59. de leg. 3. §. 21. I. de leg.

(8) L. 18. D. de pign.

wer das Object der Verbindlichkeit zum Pfande gesetzt hat, hat ausser diesem eben dadurch die Verbindlichkeit oder das Nomen verhypothesirt.

Die L. 18. D. de pign. act. unterscheidet zwischen einem Nomen, dessen Object ein debitum pecuniarium d. i. hier eine Quantitas (pecuniae) und einem solchen, dessen Object ein corpus d. i. eine bestimmte Sache, eine species ist, (wiewol auch das Geld als corpus in der Verbindlichkeit seyn kann) (9).

Gewöhnlich wird ein Nomen speciell wol nur dann verpfändet werden, wenn das, was der Dritte schuldig ist, eine Quantitas pecuniae ist. Indessen konnte der Begriff des Nomen, cujus appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet, hierauf nicht beschränkt werden. Er umfaßt überhaupt jede persönliche Verbindlichkeit. So kann also Jemand eine körperliche Sache, die er noch nicht in bonis hat, sondern die ihm ein andrer zu geben verbunden ist, z. B. weil er sie ihm verkauft, geschenkt u. s. w. hat, nicht nur selbst verpfänden, sondern sich statt dessen der Form bedienen, daß er die Verbindlichkeit des Verpflichteten, sie zu geben, zum Pfande setzt. Ja, nach der Theorie, wäre diese Form selbst da möglich, wo die Verpflichtung nicht auf ein Geben, sondern auf ein Wiedergeben gerichtet ist, wie beym

(9) Von dinglichen Rechten redet die L. überall nicht, wiewol Erxleben (Principia de jure pign. §. 138.) dies zu glauben scheint.

Commodat, beym Deposito u. s. w. wo der Verpfänder das Object der Verpflichtung schon in bonis hat.

Indessen würde doch im letzteren Fall schwerlich etwas anderes gelten, als überhaupt gilt, wenn Jemand eine ihm eigenthümliche körperliche Sache selbst verpfändet, und daher nichts Besonderes zu bemerken seyn.

Das Nomen kann übrigens nicht nur speciell verpfändet werden, sondern ist auch in der allgemeinen Verpfändung der Güter mitbegriffen (10). Es kann ferner nicht nur ausdrücklich, sondern auch tacite verpfändet werden. Theils finden wir von den allgemeinen über die Entstehung des Pfandnexus geltenden Grundsätzen in Ansehung des nominis oppignorati nichts geändert, theils enthalten die Gesetze mehrere Beispiele einer stillschweigenden Verpfändung des Nomen, welche in den beiden folgenden §§. vorkommen werden.

---

(10) L. 4. C. cit. quae res pign.

Ueber die Art der Bestellung des (Conventional) Pfandrechts am Nomen.

§. 2.

Frägt man nun, wie wird das (Conventional) Pfandrecht am Nomen bestellt, durch bloßen Vertrag oder durch Vertrag verbuuden mit Uebergabe, so nehmen wir keinen Anstand, zu behaupten, daß es nicht durch den Contractus Pignoris, sondern nur durch das Pactum hypothecae bestellt werden könne. Die Rechtslehrer ([1]) lassen beide Arten der Bestellung zu und erblicken in der Uebergabe der Schuldverschreibung eine symbolische Tradition des Nomen.

Allein das Recht ist etwas bloß Intelligibles (in intellectu consistit) nnd unmöglich, daß es der physischen Gewalt Jemandes unterworfen seyn oder die Stelle verändern könnte. Es kann daher nach der Vernunft und Roms Gesetzen nicht besessen und nicht tradirt werden ([2]). Und wie es

(1) J. B. A. Faber (Rational. ad L. 18. D. de pign. act.) mit ihm Junker in der angeführten Dissertation §. 12. dann sämmtliche Practiker, die unten genannt werden.

(2) L. 3. pr. D. de acq. poss. L. 4. §. 27. D. de usurpat. — §. 40. I. de rerum div. L. 5. §. 2. D. de act. emt. *L. 43. §. 1. D. de adq. rerum dom*: Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

überhaupt nicht tradirt werden kann, so ist von selbst klar, daß dies auch nicht per symbolum geschehen könne.

Zwar scheint die L. 7. C. de hered. vel. act. vend. die Meinung für die symbolische Tradition des Nomen durch Uebergabe der darüber lautenden Schuldverschreibung zu bestätigen. Sie lautet also: Postquam eo decursum est, ut *cautiones quoque debitorum pignori dentur:* ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Allein die Schuldverschreibung, welche zum Pfande gegeben wird, dient nicht als Symbol der Uebergabe des Nomen, sondern durch das Factum der Uebergabe der Schuldverschreibung zum Pfande, wird erst das Nomen und zwar tacite verhypothesirt. Das Wesen des Conventional-Pfandrechts beruht auf Einwilligung der Contrahenten. Diese kann aber so gut durch Handlungen, als durch Worte an den Tag gelegt werden. Die Uebergabe einer Urkunde, welche in der Absicht geschieht, um den Gläubiger wegen einer Forderung sicher zu stellen, ist ein Factum, woraus zu schließen ist, daß das Object, wovon die Urkunde handelt, als Pfand verpflichtet seyn solle. Ein Beispiel von Kaufbriefe (emtio) enthält die L. 2. C. Quae res pign. (3). Ein andres Beispiel ist das gegenwärtige.

(3) Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse.

Und nicht bloß in dieser Materie des Pfandrechts, sondern auch in andern Fällen wird durch die Urkunde das Object derselben als Gegenstand des Vertrages gemeint (4). Wird also ein Chirographum verkauft oder vermacht, so ist das Nomen, worüber es lautet, als verkauft oder vermacht anzusehen (5).

Man mögte uns zwar die L. 1. C. de donat. (6) entgegensetzen, als stelle darnach die Urkunde nicht bloß den Vertrag, sondern zugleich das Object desselben, das letztere als überliefert, dar. Allein gesetzt, diese Stelle redete von einer symbolischen

---

(4) *L.* 44. §. 5. *de legatis* 1. Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio: nam, cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur. *L.* 59. *de legatis* 3. Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim chirographi uti nos pro ipsis actionibus palam est, cum venditis chirographis intelligimus nomen venisse: quin etiam, si nomen quis legaverit, id, quod in actionibus est, legatum intelligitur.

(5) Ein Fall, der täglich vorkömmt. Man verkauft den Wechsel und meint die Forderung, worüber er lautet.

(6) Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

Tradition (andre (7) verstehen sie von einem Constituto possessorio et quidem tacito, behaupten auch, daß daraus keine allgemeine Regel abzuleiten sey) so spricht sie doch von Sklaven, also von körperlichen Sachen, nicht von Rechten, die überhaupt nicht tradirt werden können.

Unsrer Behauptung, daß es nur eine Hypotheca Nominum gebe, stehen auch die Worte, welche in den Gesetzstellen, die vom Nomine oppignorato handeln, vorkommen: pignus und pignori dare, nicht im Wege.

Die Worte Pignus und Hypotheca mengen sich untereinander in dem, was sie bezeichnen. Die Gesetze sagen Pignus und Pignori dare, wo sie Hypotheca und Hypothecae dare (in eigentlicher Bedeutung) verstehen (8).

Indessen kann dem Gläubiger, der ein benachbartes Praedium hat, eine servitus (rustica) (9) als Pfand bestellt werden (die dadurch erst entsteht) so daß er die Servitut, so lange die Schuld unabgetragen, gebrauchen und sie, wenn die Schuld nicht zur gehörigen Zeit

---

(7) z. B. v. Savigny das Recht des Besitzes 2te Auflage S. 313.

(8) §. 7. I. de act. L. 9. §. 2. de pign. act. L. 1. pr. D. de pign. Auch der Ausdruck: hypothecae *dare* kömmt vor (L. 5. pr. et §. 2. de pign.) woraus zu schließen, daß Dare hier kein Tradere in sich fasse.

(9) Nicht aber eine urbana L. 11. §. 3. de pign.

bezahlt wird, an einen Nachbarn verkaufen kann ([10]). Eben so kann ein Nießbrauch verpfändet werden, der dadurch erst entsteht und selbst ein schon bestehender ([11]). Dies besagen die Gesetze ausdrücklich und wir sehen aus ihnen, daß hier nicht bloß eine Hypothek möglich sey.

Bekanntlich werden dergleichen Rechte gleichsam übergeben oder vielmehr die Ausübung von der einen und die Duldung von der andern Seite vertreten bei ihnen die Stelle der Tradition. Und so, mögte man einwenden, könne hier, wie dort, eine Quasitradition Statt finden.

Allein, bey den Servituten sich gewisse Handlungen als stellvertretend für die Tradition vorzustellen, war nöthig, damit ein dingliches Recht entstehe ([12]). Doch, was hätte wol die Römischen Rechtsgelehrten bewegen können, gegen die

---

(10) L. 12. de pign. Eine servitus (praedialis) jam constituta, sie sey rustica oder urbana kann bekanntlich (ohne das Gut) überhaupt nicht zum Pfande verpflichtet werden.

(11) L. 11. §. 2. de pign.

(12) Zu diesem Behuf hielte man Anfangs eine Cautionsleistung von Seiten des Constituenten an den Erwerber für nothwendig, „daß dieser an der Ausübung der Servitut nicht gehindert werden solle." Erst späterhin kam jene Vorstellung auf. L. 3. § 2. D. de act. emti. L. ult. D. de servitut. S. Westphal de libertate et servitut. praed. §. 828. n. 738.

Natur der Sache hier eine Tradition oder Quasitradition als möglich zu statuiren, wo schon das bloße Pactum Hypothecae jene Wirkung hervorbringt. Hier beym Nomen; denn für Servituten war jene Vorstellung nun einmal angenommen.

Ueberdies äussern sich dergleichen Rechte an körperlichen Sachen und in mehrfachen Handlungen. Wohingegen hier das Object des Rechts gleichfalls im Recht besteht und der Anfaug des Besitzes mit dem Ende des Nomen, also auch des Besitzes am Nomen zusammenfallen würde. Denn der Besitz könnte hier doch auf keinen Fall durch die Tradition der Schuldverschreibung übertragen werden, sondern nur mit der wirklichen Ausübung des Rechts seinen Anfang nehmen.

Dennoch findet man, daß in dieser Sphäre von einer Quasitradition gesprochen wird, — was aber vielleicht auch nur auf einer Verwechselung dieser mit der symbolischen Tradition beruht.

Daß von einer Uebergabe des Objects der Verbindlichkeit oder dessen, was der Dritte schuldig ist, was der Verpfänder noch nicht in bonis und nicht im Besitz hat, von Seiten des Verpfänders an den Gläubiger, nicht die Rede seyn könne, darf nicht bemerkt werden.

Im Uebrigen, wenn es gleich auf das Recht des Pfandgläubigers ohne Einfluß ist, ob der Pfandschuldner ihm die Schuldurkunde übergibt oder nicht, so kann der Besitz derselben ihm doch in andrer Hinsicht, nämlich zum Behuf des zu führenden Beweises, von Nutzen seyn.

Ueber die Verpfändung des Pfandes und die darin enthaltene stillschweigende Verpfändung der Schuldverbindlichkeit des Eigenthümers.

§. 3.

Bekanntlich kann ein Pfandgläubiger das Pfand weiter verpfänden. Der zweite Gläubiger erlangt dadurch nicht nur alle die Rechte, die einem andern Pfandgläubiger zukommen, an dem verpfändeten Pfande, darf es gegen jeden Besitzer verfolgen, das Jus Retentionis daran üben, es verkaufen, sondern es ist ihm auch das Nomen, zu dessen Sicherheit das Pfand verpfändet ist, als verhypothesirt zu betrachten (1) und zwar tacite.

Und nicht bloß das Nomen an sich, sondern auch das Object, worauf die Verbindlichkeit gerichtet ist.

---

(1) S. Westphal's systemat. Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrecht, §. 142. und folg. imgl. p. 19. des Nachtrags; imgl. Bolley die Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 35.

Hiedurch erklärt sich die L. 13. §. 2. de pign. (2).

Das Recht des zweiten Gläubigers an dem verpfändeten Pfande ist von dem Recht des ersten Gläubigers abhängig (3) und hört auf, sobald

---

(2) Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur: et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. *Sed potest* dubitari, numquid creditori, nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non. Quid enim si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum Creditorem. (Also ist es beym Nomen in beiden Fällen das Object der Verbindlichkeit, was den Pfandgläubiger sicher stellen soll, und folglich die aufgeworfene Frage zu bejahen).

Statt nummorum *solutorum* nomine will Accursius nummorum *solvendorum* nomine lesen. Das Unpassende dieser willkührlichen Veränderung zeigen die gleich hinterher folgenden Worte: Quid enim si res (i. e. species, quae debebatur, im Gegensatz von quantitas) *soluta* fuerit. — Eine andre Erklärung dieser Gesetzstelle, als die im Text, bey Donell de pign. et hyp. tom. 2. cap. 8.

(3) Conf. L. 1. C. Si pign. pignori.

der Eigenthümer des Pfandes den ersten Gläubiger befriedigt hat.

Nachdem der Jurist diesen Satz aufgestellt hat, wirft er die Frage auf, ob der zweite Gläubiger nicht berechtigt sey, das Object der Verbindlichkeit, nachdem es an den ersten Gläubiger bezahlt worden, von diesem abzufordern. Besonders dann, schien es, könne diese Frage aufgeworfen werden, wenn das, was der Eigenthümer des Pfandes schuldig gewesen, keine quantitas (pecuniae) sondern eine res certa, s. species war.

Marcian beantwortet die aufgeworfene Frage nicht geradezu, sondern durch eine Stelle aus des Pomponius libro septimo ad Edictum.

Diese Stelle redet bloß vom verpfändeten Nomen und stimmt genau mit den Schlußworten der L. 18. pr. D. de pign. act. überein.

Hieraus ist zu schließen, daß auch beym verpfändeten Pfande ein Nomen als verpfändet zu betrachten sey (4).

---

(4) Ebendeshalb kann auch der Dritte, was er dem ersten Gläubiger schuldig ist, dem zweiten zalen. L. 2. C. eod. Die Worte: soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, sind allgemein und können sowol von einer dem ersten, als den zweiten Gläubiger zu leistenden Zalung verstanden werden. Diese Folge läßt auf die Ursache, nämlich daß das Nomen selbst, zu dessen Sicherheit das Pfand gegeben ist, als verhypothesirt anzusehen sey, zurückschließen.

Was aber die aufgeworfene Frage selbst betrifft, so sieht man, daß Marcian, indem er die Grundsätze vom verpfändeten Nomen auf das verpfändete Pfand anwendet, sie bejaht (oder vielmehr dem Leser überläßt, ans den aufgestellten aus Pomponius entlehnten Grundsätzen auf die Bejahung der Frage zu schließen) und dem zweiten Gläubiger eine actio utilis, worunter an dieser Stelle die actio hypothecaria zu verstehen ist, und somit das Recht beilegt, das Object der Verbindlichkeit von dem ersten Gläubiger, seinem Schuldner, als dem gegenwärtigen Besitzer desselben, abzufordern; (welches aber bei einem debito pecuniario voraussetzt, daß *ipsae species* „nummorum solutorum" bei ihm noch vorhanden sind.)

Zwar hat durch Einziehung der Schuld das Nomen, der Substanz nach, aufgehört, wie Ulpian bey einer andern Gelegenheit sagt (5), aber dafür befindet sich jetzt die schuldige Sache, als welche beym Nomen bedingt verpfändet und nun in das Eigenthum des Verpfänders übergegangen ist, im Pfandnexus.

Ueberhaupt gibt es beym verpfändeten Nomen keine Wirkungen, welche die Verpfändung des Pfandes nicht auch hätte (aber nicht umgekehrt), Wirkungen, die wir hier jedoch nicht vorweg nehmen wollen, sondern uns auf das, was folgt, beziehen.

---

(5) L. 11. §. 13. cit. de legatis 3.

Wirkungen, welche die Verpfändung des Nomen hervorbringt.

§. 4.

Wenn nun Jemand die Verbindlichkeit seines Schuldners dem Gläubiger verpfändet, so gilt der Vertrag, doch nicht ipso jure, sondern per tuitionem Praetoris.

Was aber die Wirkungen betrifft, die eine solche Verpfändung hervorbringt, so ergibt sich als Resultat aus der Zusammenstellung und Vergleichung der L. 18. pr. de pign. act. L. 20. D. de pign. L. 4. C. Quae res pign. mit L. 1. pr. D. de pign. und L. 13. §. 2. ibid. sowie aus allgemeinen Grundsätzen Folgendes:

Man muß unterscheiden die Wirkungen, welche die Verpfändung des Nomeu an sich hat, von denen, welche erst in Folge einer gewissen Begebenheit daraus entspringen; dann auch die Wirkungen des Nominis pecuniarii von denen des Nominis corporis debiti.

An sich erlangt der Gläubiger durch jenen Vertrag ein Pfandrecht am Nomen und dieses äussert sich hauptsächlich als Jus exigendi gegen den Schuldner des Schuldners, vermöge dessen er berechtigt ist, von dem erstern beizutreiben, was derselbe an den letztern (den Pfandschuldner) schuldig ist.

Weiterhin kann er ein Recht an der Sache, die der Dritte schuldig ist, also an dem Object der Verbindlichkeit erlangen. Dies geschieht wirklich, wenn er von jenem ersten Recht mit Erfolg Gebrauch macht.

Dann hört das Recht am Nomen auf, weil das Letztere selbst schwindet und das Object der Verbindlichkeit wird das nächste und unmittelbare Object seines Rechts.

War das, was der andre dem ersten Gläubiger zu geben verbunden war, eine körperliche Sache, so erlangt er nun ein Pfandrecht an dieser körperlichen Sache, da er vorher nur ein solches an dem unkörperlichen Nomen hatte; — und von jetzt an ist in Ansehung seines Rechts nichts Besonderes weiter zu bemerken.

Diese Wirkung findet aber nicht blos Statt, wenn der Dritte ihm die schuldige Sache entrichtet hat, sondern auch dann, wenn der Dritte, etwa weil die Anzeige der geschehenen Verpfändung unterblieben, sie dem ersten Gläubiger überlieferte. In beiden Fällen, es sey, daß das schuldige Object dem ersten Gläubiger unmittelbar oder daß es dem zweiten für ihn überliefert worden, ist jener durch die Tradition Eigenthümer geworden und somit die Bedingung eingetreten, wovon das Entstehen des Pfandrechts an der körperlichen Sache, die den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachte, abhing.

Dasselbe müßte auch gelten, wenn das, was der Dritte schuldig war, eine Quantitas pecuniae

ausmacht, da das Geld, sobald es bezahlt wird, als Corpus erscheint, und daß es wirklich gilt, zeigt sich dann, wenn der Dritte die schuldige Geldquantität an den ersten Gläubiger bezahlt, von dem die bezahlten Geldstücke mit der actio hypothecaria abzufordern der Gläubiger berechtigt ist (1).

Hat aber der Pfandgläubiger das Geld, was der Dritte schuldig war, von diesem (oder vom Pfandschuldner in dem eben bemerkten Fall) beigetrieben, so hindert die ipso jure eintretende Compensation, daß das Pfandrecht fortdauern könnte, vielmehr fallen Anfang und Ende desselben zusammen.

Dies setzt indessen voraus, daß die Bedingungen der Compensation überhaupt vorhanden sind, daß also, was der Pfandgläubiger vom Pfandschuldner zu fordern hat, ebenfalls eine Quantitas pecuniae, und daß seine Forderung bereits fällig sey.

---

(1) Nach L. 34. §. 2. D. de pign. sind in der allgemeinen Verpfändung der Güter auch die corpora pecuniae begriffen, die der Verpfänder in der Folge erwirbt (nur nicht durch die gegenwärtige Anleihe, wofür das Pfandrecht bestellt wird), sobald sie anfangen, bey ihm in bonis zu seyn. Diese Gesetzstelle hebt die Zweifel, die man sonst in Ansehung dieses Objects der Verpfändung, und ob es überhaupt ein solches seyn könne, mit Grunde haben mögte.

Denn da nach allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts der Gläubiger das Pfand verfolgen kann, obgleich die Forderung, zu deren Sicherheit es dienen soll, noch nicht fällig ist (²) und

(2) L. 14. pr. D. de pign. Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam pignoris persecutionem: quia interest mea. Et ita Celsus scribit. Andre z. B. Bachov de pignoribus l. 3. c. 13. §. 6. und Erxleben c. l. §. 309. behaupten das Gegentheil. Sie lehren, daß der Gläubiger das Pfand mit der actio hypothecaria, wovon sie zunächst sprechen, nicht verfolgen könne, solange die Hauptschuld nicht fällig ist. Die L. 5. §. 1. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur, worauf sie sich berufen, scheint freilich ihren Satz zu bestätigen. Marcian sagt hier: Si paciscatur Creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse. Um beide Gesetzstellen zu vereinigen, nimmt Erxleben an, die L. 14. cit. rede von dem Fall, wo Gefahr im Verzuge sey und daher ein aussserordentliches Rechtsmittel Statt finde, z. B. eine Arrestanlegung. Dies sollen die Worte: Quia mea interest, bedeuten. — Eher könnte man wohl sagen, die L. 14. cit. sey nur von solchen Fällen zu verstehen, wo der Gläubiger ein besondres Interesse dabey hat, das Pfand im Besitz zu haben und unter dieser Bedingung könne er das Pfand verfolgen, noch ehe die Hauptschuld fällig geworden, conf. Otto thesaur. jur. civ. tom. II. p. 681.

dies auch hier auf das Nomen, als Object des Pfandrechts, angewandt werden muß, so kann es geschehen, daß der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, die Schuld vom Dritten beigetrieben hat, ehe denn seine Forderung an den Pfandschuldner fällig geworden ist.

Allein Ulpian sagt nicht: wenn dem Gläubiger daran gelegen ist, sondern: weil ihm daran gelegen ist; die Worte: *quia mea interest*, enthalten nicht die Bedingung, sondern den Grund des aufgestellten Satzes.

Und dieser Satz ist allgemein, selbst den Worten nach nicht auf die Forderung der jährlichen Pacht beschränkt, wie Bachov glaubt. Dies *pensionis* steht hier statt: dies *solutionis*. (Auch bloß *pensio* bezeichnet in unsrer Rechtssprache den Zalungstermin, v. *Brisson* de V. S. sub voce: *pensio*.)

Nach unserm Dafürhalten, muß man entweder, um beide Gesetzstellen zu vereinigen, die L. 5, §. 1. cit. von dem Fall verstehen, da der Schuldner die Hypothek besitzt, als welcher aus jenem ex post eingegangenen besondern Vertrage eine auf seine Person beschränkte dilatorische Einrede hernimmt, oder zugestehen, daß beide Stellen sich einander widerstreiten. Dann aber scheint es, daß der von Ulpian aufgestellte Satz den Vorzug verdiene.

Ulpian behauptet ihn geradezu, dagegen spricht Marcian von der Auslegung eines Vertrages und aus dem, was er sagt, soll jener Satz erst durch einen Schluß abgeleitet

Das Jus exigendi des Gläubigers, als die nächste Folge der Verpfändung des Nomen, erstreckt sich zufolge der L. 4. C. Quae res pign. in dem Fall, da die Verbindlichkeit des Schuldners sowohl, als die Forderung des Gläubigers, auf ein Geldquantum gerichtet ist (von welchem Fall das Gesetz zunächst spricht oder vielmehr zu verstehen ist), nicht auf das Ganze der Schuld,

---

werden, wobei man sich irren kann. Ueberdies scheint die Lehre Ulpian's mehr mit der Natur der Sache übereinstimmen, als die Meinung Marcian's. Der Gläubiger, welcher vor dem Zalungstermin die Hypothek verfolgt, sucht ja für jetzt nicht seine Befriedigung, sondern ist nur auf seine Sicherheit bedacht. Und allerdings hat jeder Pfandgläubiger ein Interesse dabey, das Pfand selbst in Händen zu haben, obgleich der Zalungstermin noch nicht gekommen ist. Dies ist es grade, was Ulpian sagen will.

Ebendeshalb können wir auch denjenigen nicht beistimmen, welche die L. 14. cit. vom pignus in s. str. verstehen. (v. Godofredi not. ad L. 14. cit. imgl. Otto thes. jur. civ. tom. 11. p. 481.). Es kann freilich in: *pignora persequi*, zusammengepreßt liegen, daß der Gläubiger den Besitz des Pfandes gehabt und verlohren habe. Aber, schwerlich konnte es überhaupt in Frage kommen, ob in dieser Voraussetzung der Gläubiger das Pfand vor dem Zalungstermin vindiciren könne, noch bedurfte es, um die Frage für den Gläubiger zu entscheiden, des Grundes: quia ejus interest.

sondern der Gläubiger kann nur soviel von dem Schuldner (des Schuldners) beitreiben, als er selbst von dem ersten Gläubiger (seinem Schuldner) zu fordern hat. Das Gesetz nimmt hier im Voraus auf die nachfolgende Compensation Rücksicht, wodurch, der Voraussetzung zufolge, die Forderung des Gläubigers und zwar die ganze getilgt werden wird, und so erklärt sich, was zu Anfange mit der Individualität des Pfandrechts nicht vereinbarlich scheinen mögte.

Zu den Wirkungen, welche die Verpfändung der Schuldverbindlichkeit an sich hat, muß man ausser dem Jus exigendi, auch das Jus distrahendi nomen rechnen. Zwar, die oben allegirten Gesetze schweigen davon; da aber das Jus distrahendi eine nothwendige Folge des Pfandrechts ist, so daß es nicht einmal durch das Pactum adjectum: Ne liceat vendere, aufgehoben werden kann, und sowol beym Pignus (in sensu proprio) als bey der Hypothek (3) Statt findet, so ist nicht zu zweifeln, daß der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet ist, dasselbe, nachdem seine Forderung fällig geworden, veräussern könne, um aus dem Preise dieses verkäuflichen Objects seine Befriedigung zu erlangen (4), bey welchem Verkauf er sodann als

(3) L. 2. 3. 13. C. de distr. pign.

(4) Anton Faber, (Conjectur. lib. 8. cap. 16.) gesteht gleichfalls dem Gläubiger das Jus distrahendi nomen sibi oppignoratum zu, indem er sagt, das Pfand würde dem Gläubiger sonst keinen Nutzen gewähren; allein nützlich

Mandatar des Schuldners, gleich jedem andern Pfandgläubiger in diesem Fall, zu betrachten ist.

Nach der Regel: Accessorium sequitur principale, ist man genöthigt, anzunehmen, daß die Hypothek, die der Gläubiger am Nomen hat, sich auch über die Annexa desselben, die Bürgschaft und das Pfand, wenn dergleichen zur Sicherheit der Schuld gegeben sind, erstrecke (5). Die oben allegirten Gesetze erwähnen dieser Wirkung indessen nicht, sondern sie sprechen nur von dem Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner des Schuldners.

Die Wirkungen des Nominis oppignorati sind übrigens im Allgemeinen dieselben, es mag das Nomen specialiter verhypothesirt oder es mag in der allgemeinen Verpfändung der Güter mitgegriffen seyn. Denn, wenn gleich die Gesetze in dieser Materie hauptsächlich vom Nomine specialiter obligato reden, so bemerkt unter ihnen doch die L. 4. C. Quae res pign. im Eingange ausdrücklich, daß ein Nomen auch generaliter verpfändet werden könne, ohne daß sie beym speziell

---

könnte dem Gläubiger das Pfand in diesem Fall vor andern Fällen dennoch seyn, nämlich nach Ausübung des Juris exigendi, beziehungsweise durch Compensation oder durch Retention und Verkauf der körperlichen Sache.

(5) Conf. Anton Faber c. l. Negusan. de pign. et hyp., membr. 3ium partis secundae, no. 24. Bachov. de pignoribus l. 2. c. 8. §. 5.

verpfändeten Nomen, wovon sie danächst spricht, eine Verschiedenheit statuirte, wovon auch kein Grund abzusehen ist. Dann ist es bekannt, daß die größere Ausdehnung des allgemeinen Pfandrechts seiner Kraft und Wirksamkeit im Einzelnen nicht schade (6) und von diesem allgemeinen Grundsatz ist in dieser Sphäre keine Ausnahme gemacht.

Die Klage, die der Gläubiger anstellt, um sein Pfandrecht am Nomen geltend zu machen, wird in den angeführten L. 20. D. de pign. und L. 4. C. quae res pign. actio utilis genannt. Es entsteht die Frage, was darunter für eine Klage zu verstehen sey. Ist die actio hypothecaria gemeint oder utilis ea, quam directam debitor ipse habet?

(6) L. 2. qui pot. in pign. L. 7. §. 1. eod. L. 6. C. eod.

Ueber die Art der Klage des Pfandgläubigers gegen den Schuldner des Pfandschuldners.

§. 5.

Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig (1).

---

(1) Die Schriftsteller, die für eine oder andre Meinung streiten, sind aufgeführt von Walch in Controvers. jur. civ. cap. 5. §. 2. Ausser denen von ihm angeführten Schriftstellern, verstehen unter actio utilis die persönliche Klage Perez ad L. 4. C. Quae res pign. Boehmer in doctr. ff. de pign. Erxleben Princ. de jure pign. §. 138. Westphal systemat. Erl. der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 141. Walch selbst behauptet, daß dem Gläubiger die hypothecarische Klage zustehe; auch Huber ad tit. D. de pign. et hyp. §. 11. dieser setzt indessen hinzu: Quanquam nec de utili in personam non valde refragaremur; und am Ende sagt er: Nobis igitur, cur utrique non possit esse locus actioni, nil admodum obstare videtur. Auf Anton Faber, wie auf Cujace, können sich beide Partheyen berufen. In Conjectur. lib. 8. cap. 16. sagt jener: In eo autem pignoris hujus utilitas versabitur, quod habiturus sit Creditor Creditoris *utilem actionem per-*

Die Gründe derjenigen, welche dem Gläubiger die hypothekarische Klage beilegen, sind diese (2):

Erstens berufen sie sich auf L. 2. D. de Obl. et Act. L. 18. D. de Pign. act. und L. 3. C. de hered. vel actione vend. Zufolge dieser Gesetze, klage der Gläubiger gegen den Schuldner seines Schuldners *jure pignoris*; unter diesen Worten werde die actio hypothecaria verstanden. —

Die allegirten Gesetze sagen nichts davon, daß der Gläubiger jure pignoris klage und gehören also gar nicht hieher. Eher könnte L. 20. cit. D. de pign. dafür angeführt werden.

---

sonalem contra debitoris debitorem, itemque utilem hypothecariam in eas res, quas pro pignorato nomine obligatas esse apparebit. Sed et nomen ipsum pignori datum vendi poterit etc. Nachher scheint er die Wahrheit mit dem Irrthum vertauscht zu haben und andre tadelnd selbst zu irren, indem er in Chiliad. de erroribus pragmaticorum dec. 5. err. 10. sich also vernehmen läßt: Proinde adversus debitoris debitorem, *tanquam in alias quaslibet* res (!) *obligatas*, hypothecariam exercere creditor potest, non ut personali actione experiatur, quae non nisi vero creditori aut ei, cui cessa vel mandata fuerit, danda est, sed ut nominis distractionem petere possit aut debitorem proprium adigere ad faciendam nominis cessionem.

(2) s. Walch a. a. O.

Doch dies Argument beweist überhaupt gar nichts. Jure pignoris klagt auch der Gläubiger, der, um sein Pfandrecht am Nomen geltend zu machen, mit einer persönlichen Klage gegen den Schuldner des Schuldners klagt.

Zweitens. Eine persönliche Klage könne von Niemanden ängestellt werden, als dem sie entweder jure proprio zustehe oder, ut ajunt, ab ejus domino cedirt sey, und gegen Niemanden, als der dem Kläger verpflichtet sey.

Aber wer sagt denn, daß die actio utilis, wovon hier die Rede ist, dem Kläger nicht jure proprio zustehe? Die persönliche Klage, die der Gläubiger anstellt, ist, nach unserer Ansicht, nicht die Klage des Schuldners (3). Es ist nicht so anzusehen, als übte er die Klage nur aus, die einem andern, dem ersten Gläubiger, zusteht. Er hat eine eigne persönliche Klage.

Ebenso ist es, nach unserm Dafürhalten, in dem Fall, wenn ein Nomen verkauft oder auf andre Art veräussert worden. Der Erwerber bedarf nach neuerm römischen Recht bekanntlich nicht mehr der Klage des Schuldners, er tritt nicht mehr als Procurator in rem suam auf, ihm ist eine actio utilis beigelegt, welche von der Klage des Veräusserers, der *actio directa*,

(3) Die Schriftsteller verstehen freylich unter actio utilis hier, wie bey der Cession, die Klage des ersten Gläubigers, aber auch die Gesetze? — Schwerlich.

die der Erwerber auf den Namen des Veräusserers, als dessen Mandatar anstellt, unterschieden und ihr grade entgegengesetzt wird (4). Und diese actio utilis ist bey demjenigen, dem ein Nomen verkauft worden, nicht zuerst eingeführt, sondern sie ist nach dem Beyspiel desjenigen, dem ein Nomen verpfändet worden, auf ihn ausgedehnt (5). Niemand zweifelt aber, daß die Klage desjenigen, an den ein Nomen veräussert

(4) Z. B. L. 5. C. de hered. vel. act. vend. und viele andre.

(5) *L. 7. C. de hered. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori (sicut responsum est) *vel ipsi creditori* postulanti dandas actiones. *L. 8. eod.* Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, *exemplo creditoris* persecutio tribuitur. Westphal Lehre des gem. Rechts vom Kauf, Pacht u. s. w. §. 828. Statt vel ipsi lesen andere und unter ihnen Cujace (in not. ad. h. l.) *veluti ipsi.* — Der L. 7. C. cit. bedient sich Junker a. a. O. §. 21. für den Beweis des Gegentheils. (Er gehört nämlich zu denen, die unter actio utilis hier die actio hypothecaria verstehen). Nach ihm ist durch diese Lex dem Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, die actio utilis beigelegt, nachdem sie schon zuvor dem Käufer eines solchen zustand. — Nach den Worten dieser Lex und der nächstfolgenden verhält es sich grade umgekehrt. — Und weiter: Es werde an dieser Stelle nur auf das tertium

worden, die actio utilis, eine persönliche sey und dies beweist klar, daß auch die Klage des Gläubigers, dem ein Nomen verpfändet worden, eine solche seyn müsse.

---

comparationis gesehen; die Klage sey in beiden Fällen utilis, aber in dem einen — des Verkaufs — utilis personalis, in dem andern — der Verpfändung — utilis realis. — Aber warum dann war es nöthig, grade an der actio utilis des Pfandgläubigers ein Beispiel zu nehmen? —

Einige andere Gründe desselben Verfassers mögen hier ihren Platz finden:

Um seinen Satz zu beweisen, beruft er sich, ausser den bekannten Gründen, auf L. 3. C. de heredit. act. Die Worte dieses Gesetzes lauten also: Heredem mariti quondam tui de dote tibi reddenda conveni: personalem (enim) actionem contra debitores hereditarios tibi decerni frustra postulas. Der Fragenden wird hier keine persönliche Klage gegen die Schuldner der Erbschaft beigelegt, folglich, so schließt J., hatte sie eine dingliche.

Wie aber, wenn sie überhaupt keine Klage gegen die Schuldner der Erbschaft gehabt hätte,' nach dem Satz: debitor debitoris mei non est debitor meus. Und woher sollte sie denn eine Klage gehabt haben? Aus dem stillschweigenden Legalpfandrecht, was ihr wegen ihres Brautschatzes an den Gütern ihres Mannes zustand? Allein, wie auch J. selbst bemerkt, zu den Zeiten Diocletian's und Maximian's, von denen jenes Rescript herrührt, hatte die Frau noch kein

Beide, der Pfandgläubiger und der Cessionar, haben eine eigne Klage. Daß sie aber eine eigne Klage haben gegen denjenigen, der sich gegen sie nicht verbindlich gemacht hat, ist eine Ausnahme von der Regel, die bei dem Pfandgläubiger zuerst eingeführt und auf den Cessionar ausgedehnt ist.

---

gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Mannes; dies gab ihr wegen ihres Eingebrachten erst Justinian.

Jener findet es indessen wahrscheinlich, daß die Fragende ein ausdrückliches Conventionalpfandrecht gehabt habe. Aber ist es erlaubt, so etwas hinzuzudenken und darauf Schlüsse zu bauen?

Die Wittwe, die jenen Bescheid erhielte, hatte gefragt, ob sie wegen ihrer Dotalforderung die Schuldner ihres verst. Mannes belangen könne. Die Antwort fiel verneinend aus. Sie möge, hieß es, den Erben ihres verst. Mannes belangen; vergebens bitte sie, daß ihr eine persönliche Klage gegen die Schuldner ihres verst. Mannes beigelegt werde.

Doch gesetzt, sie hätte eine ausdrückliche allgemeine Hypothek gehabt, so würde das Rescript dennoch nicht beweisen, was es beweisen soll.

Dann könnte der Sinn der Stelle füglich dieser seyn: eine persönliche Klage habe sie nicht, wohl aber eine dingliche, wenn die Schuldner der Erbschaft Besitzer zur Erbschaft gehöriger Sachen wären. Doch ist überhaupt kein Grund, anzunehmen, daß der Ausdruck: persönliche Klage gegen die erbschaftlichen Schuldner, ein Gegensatz einer im Sinne

Drittens. Unter actio utilis verständen die Gesetze in dieser Materie immer die actio hypothecaria.

Wenn dies Immer keine Petitio principii seyn soll, so kann es nur soviel heissen, als in andern Gesetzstellen des Pfandrechts, und bietet dann ein schwaches Hülfsargument dar, indem mit einiger Sicherheit nicht zu schließen, daß ein Ausdruck, der ihnen nicht eigenthümlich ist, in den Stellen, von denen hier die Rede ist, grade auch so gebraucht sey.

Daß unter der actio utilis die actio hypothecaria zu verstehen sey, hat die stärksten Gründe gegen sich.

Die actio hypothecaria ist gegen denjenigen gerichtet, der sich im Besitz der verpfändeten Sache befindet und ihr Zweck geht auf Anerkennung

---

behaltenen dinglichen Klage gegen dieselben seyn soll, sondern in der Anfrage war nur von einer persönlichen Klage die Rede gewesen. Sonst könnte man mit eben dem Recht den Satz umkehren und sagen, grade deshalb sey die persönliche Klage gegen die Schuldner (des Schuldners) der Gläubigerinn abgesprochen, weil sie kein Pfandrecht gehabt habe.

Ein andres Argument J's.: pignus nominum est jus in re, ergo actio inde oriens est realis, widerlegt sich durch den folgenden §. schon von selbst.

des Pfandrechts und Erlangung des Besitzes. Nun aber kann von dem Schuldner (des Schuldners) nicht gesagt werden, daß er sich im Besitz des Nomen befinde, ebensowenig als er im Stande ist, den Besitz desselben auf einen andern zu übertragen. Ja, würde nicht eben dadurch, daß es überliefert würde, wenn dies möglich wäre, das Nomen der Substanz nach verschwinden und aufhören zu seyn? — Daß der Gläubiger das Object der Verbindlichkeit, woran er noch erst ein Recht erlangen soll und welches in den meisten Fällen in einer Quantität bestehen wird, mit keiner dinglichen Klage verfolgen und es durch sie von dem Schuldner des Schuldners nicht abfordern könne, versteht sich von selbst. Zur Zeit und solange der Schuldner die Schuld nicht abgetragen hat, hat er nur noch ein Recht am Nomen.

Um dies geltend zu machen, geben die allegirten Gesetze L. 20. D. de Pign. und L. 4. C. quae res pign. eine nützliche Klage, und gleichbedeutend hiermit gibt L. 18. pr. D. de Pign. act. ein Jus exigendi gegen den Schuldner (des Schuldners) als solchen.

Wenn diese und der vorhererwähnte Grund, daß die actio utilis dessen, dem ein Nomen verkauft worden, ad exemplum der gegenwärtigen eingeführt sey, noch einen Augenblick daran zweifeln ließen, daß die Klage des Gläubigers eine persönliche sey, so wird der folgende Paragraph vielleicht Gelegenheit darbieten, den Gründen dafür vollends den Ausschlag in der Waage zu verschaffen.

Für jetzt sey es vergönnt, auf den oben aufgestellten Satz zurückzukommen, daß die Klage des Gläubigers nicht die Klage des Schuldners, sondern von dieser verschieden und ersterm eigen sey.

Und wie der Gläubiger eine eigne Klage hat, so hat er auch ein eignes Recht. Man kann ihn daher nicht als einen solchen betrachten, der das Recht des ersten Gläubigers bloß ausübt. Nein, die actio utilis deutet auf ein eignes Recht hin; wozu bedürfte es ihrer, wenn es das Recht des ersten Gläubigers wäre, was der zweite bloß wahrnähme.

Doch bedarf der aufgestellte Satz einiger Einschränkung. Der Vortheil des Rechts, was der Gläubiger verfolgt, ist an sich ein fremder, und der Gläubiger bei Entgegennahme der schuldigen Sache, die das Object der Verbindlichkeit ausmacht, als Geschäftsführer des ersten Gläubigers zu betrachten. Indem er den Uebergang des Eigenthums zwischen dem Schuldner und dem ersten Gläubiger vermittelt, stellt er die Person des letztern dar. Ohne dies könnte dieser kein Eigenthum und er selbst kein Recht an der körperlichen Sache, die der Dritte bezahlt, erlangen. Er ist daher als ein solcher zu betrachten, der, indem er seinem eigenen Vortheil nachgeht, zugleich ein fremdes Geschäft besorgt.

Ueber die Natur des Rechts, des Pfandgläubigers.

§. 6.

Es entsteht die Frage, von welcher Art das Recht desjenigen sey, dem ein Nomen verpfändet worden, ob ein persönliches oder dingliches.

Auf der einen Seite gehört es zum Wesen des Pfandrechts, daß es ein dingliches Recht ist.

Auf der andern Seite stützt sich der Pfandgläubiger überhaupt auf dem Rechte des Pfandschuldners. Dieser hat hier, der Voraussetzung zufolge, selbst nur ein persönliches Recht. Wie kann der Pfandgläubiger mehr Recht haben, als er [1]?

---

(1) *L.* 3. §. 1. *de pign.* Per injuriam victus apud judicium, rem, quam petierat, postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit. Ergo summovebitur rei judicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit: non enim, quid ille non habuit, sed quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.

Dies würde er aber haben, wenn sein Recht ein dingliches wäre. Und läßt nicht schon der Umstand, daß, wie gezeigt worden, die Klage des Gläubigers eine persönliche ist, auf ein persönliches Recht zurückschließen? —

Könnten wir uns zu der Meinung Thibauts über dingliches und persönliches Recht (2) bekennen, so wäre die aufgeworfene Frage leicht beantwortet, ja sie würde bereits durch das Resultat der Untersuchung über die Natur der Klage, die dem Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, zusteht, beantwortet seyn.

Nach diesem Schriftsteller entspringt eine dingliche oder persönliche Klage nicht aus einem dinglichen oder persönlichen Recht, wie man bisher annahm, sondern umgekehrt die eine oder andre Art des Rechts aus der einen oder andern Art der mit dem Rechte verknüpften Klage; ein Recht ist dinglich oder persönlich, weil vom Gesetz eine dingliche oder persönliche Klage damit verknüpft ist; es gehört nicht zum Wesen irgend eines Rechts, daß es ein dingliches sey, namentlich gilt dies vom Pfandrecht, welches bey den Römern nicht immer dinglich gewesen, sondern mit dessen einzelnen Arten erst nach und nach eine dingliche Klage verknüpft worden; die ganze Frage, ob ein Recht dinglich sey, ist eine historische und muß historisch beantwortet werden u. s. w.

---

(2) Thibaut's Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Theil 2. Abh. 2.

Alle diese Sätze scheinen uns eben soviel Irrthümer zu seyn. Vielleicht lassen sie sich durch einen Unterschied aufklären, den man in dieser Materie bisher, wie es scheint, nicht beachtet hat. Man muß nämlich, nach unserm Dafürhalten, unterscheiden das Recht an der Sache an sich — von dem Recht, die Sache von jedem Besitzer abzufordern. Das Erstere, dessen Wesen darin besteht, daß eine Sache (nicht Handlungen einer Person) das unmittelbare Object des Rechts ausmacht (3), hat zwar gewöhnlich das Letztere zur Begleiterinn, dieses ist aber nicht nothwendig mit jenem verknüpft, sondern mußte erst durch positive Gesetze ihm besonders beigelegt werden. Und dies geschieht dadurch, daß das Gesetz eine actio in rem damit verbindet. Denn dadurch, daß das Gesetz eine Klage ertheilt, hat es eo ipso ein Zwangsrecht beigelegt.

Was namentlich das Pfandrecht betrifft, so gehört es zum Wesen desselben, daß es ein dingliches Recht sey. Der Gläubiger traut der Person seines Schuldners nicht allein, sondern läßt sich eine Sache anweisen, die ihm Sicherheit gewähren und an die er sich halten soll. Diese wird dadurch das Object seines Rechts; nicht die Person des Schuldners ist es, welche durch die Verpfändung verpflichtet wird, die Sache wird als *obligata* betrachtet. Dies beweisen die Gesetze in dieser Materie alle. Daß die Sache selbst als obligata zu betrachten sey, gehört zum Wesen des Pfandrechts und ist so alt, als die Entstehung

(3) Glück's Erl. der Pand., 2r Thl. §. 175.

dieses Instituts. Aber das Recht, die verpfändete Sache von jedem Besitzer abfordern zu können, ist durch Ertheilung der *actio in rem* erst später hinzugekommen und dies beweist, daß dieses Recht bey einem dinglichen Rechte nicht wesentlich sey, sondern davon getrennt seyn könne (4).

Doch, um dahin zurückzukehren, von wo wir ausgegangen sind, so ist das Recht des Gläubigers, dem ein Nomen verpfändet worden, für ein dingliches Recht zu halten (5).

---

(4) Umgekehrt kann durchs Gesetz ein Recht, jeden Besitzer zu belangen, da beigelegt seyn, wo der Kläger entweder kein dingliches Recht hat oder doch davon im gegenwärtigen Fall keinen Gebrauch machen will. Dies ist der Fall bei den actionibus in rem scriptis z. B. der actio ad exhibendum, quod metus causa.— Indessen werden diese Klagen von den Gesetzen nicht zu den dinglichen, sondern zu den persönlichen gerechnet (§. 31. J. de act.) Dies erklärt sich dadurch, daß hier der jedesmalige Besitzer der durchs Gesetz auch ohne Dazwischenkunft eines facti obligatorii, — was z. B. in der Erwerbung einer abgezwungenen Sache von Seiten des redlichen Besitzers nicht liegen kann, — Verpflichtete ist.

(5) Das Gegentheil behauptet Titius in observat. ad Lauterbach. Quae res pign. vel hyp. obl. non poss. Er sagt: In specie observandum, quod nominum oppignoratio, quam vocant, nihil aliud sit, quam cessio juris personalis, in securitatem creditori

Denn, da die Qualität eines dinglichen Rechts zur Substanz des Pfandrechts gehört, so muß man entweder zugestehen, daß das Recht des Gläubigers, dem ein Nomen verpfändet worden, ein dingliches Recht oder behaupten, daß es überhaupt kein Pfandrecht sey. Das Letztere hieße den Gesetzeu selbst Trotz bieten, die hier ein Pfandrecht zulassen. Sie handeln vom Nomen, als Object zur Sicherheit einer Forderung in der Materie des Pfandrechts; sie sagen ausdrücklich, daß es verpfändet werden könne, sie legen dem Gläubiger auch bey der allgemeinen Verpfändung ein Pfandrecht am Nomen bey.

---

facta, ex quo consequitur, quod pignus hoc casu sit saltem jus personale, utut alias, si concedens jus reale habuerit, illud etiam tale sit; nam creditor plus juris in creditorem transferre non potuit, quam habuit ipse. Junker in der angeführten Dissert. §. 18. sq. hält das Recht des Gläubigers für ein Realrecht und sucht jenen dadurch zu widerlegen, daß das Gesetz ein persönliches Recht in ein dingliches verwandeln konnte und diese Verwandlung sey hier sehr leicht gewesen. Nam Romani — dies sind seine Worte — hic potius respexisse videntur ad id, quod est in obligatione, scilicet pecuniam debitam, in debitoris bonis existentem, quam ad ipsam obligationem. Allein an dem Object der Verbindlichkeit hat der Gläubiger für jetzt und solange es in bonis des Schuldners (des Schuldners) ist, ebensowenig ein dingliches Recht, als er, der erste Gläubiger, ein solches an der Verbindlichkeit selbst hat.

Auf solche Art hat der Gläubiger ein *jus in jure*; die *Obligatio* selbst ist es, die hier als *obligata* zu betrachten ist.

Wahrscheinlich ist hier auch der Grund zu suchen, weshalb die Verpfändung des Nomen nicht gleich Anfangs galt, warum es wenigstens zweifelhaft war, ob ein solcher Vertrag gelten und wirksam seyn könne (6), warum derselbe unter den Schutz des Prätors gestellt ward.

Der Grund scheint derselbe zu seyn, weshalb Servituten im Allgemeinen nicht verpfändet werden können und die Verpfändung derselben, soweit sie Ausnahmsweise verstattet worden, nur „propter utilitatem contrahentium zugelassen" ist (7), — derselbe Grund, der da macht, daß eine Servitut an einer Servitut nicht bestehen kann (8), — derselbe, weshalb man ein Eigenthumsrecht nur an einer körperlichen Sache haben kann.

Vielleicht liegt hier eine allgemeine Regel zum Grunde, daß ein Recht am Rechte nicht bestehen könne.

---

(6) Daß dies der Fall war, ist aus den Anfangsworten der L. 4. C. quae res pign. und L. 7. C. de hered. vel. act. vend. zu schließen. Junker a. a. O. §. 11. stimmt hiermit überein.

(7) L. 11. §. 3. de pign. L. 12. eod. L. 11. §. 2. eod.

(8) *L. 1. D. de usu et usufr. leg. — — servitus servitutis esse non potest —*

Diese Regel traf auf die Verpfändung des Nomen zu, ja hier war es eine persönliche Verbindlichkeit, die das Object eines dinglichen Rechts ausmachen würde und der Schuldner hatte selbst nur ein persönliches Recht (9).

Indessen sind die Römischen Rechtsgelehrten nicht selten von der consequenten Anwendung der Grundsätze, des strengen Rechts durch die Betrachtung des Nützlichen abgehalten. Romani, sagt Anton Faber in Rational. ad L. 18. D. de pign. act. haud raro publici commodi gratia et ad ampliandam commerciorum libertatem multa introducebant contra strictam juris rationem (10).

---

(9) Aber der Grund gegen die Möglichkeit des Pfandrechts am Nomen, den Junker a. a. O. §. 11. anführt, der erste Gläubiger sey nicht Eigenthümer dessen, was er verpfände, konnte keine Schwierigkeit erregen, indem es nicht grade ein nothwendiges Erforderniß ist, daß Jemand Eigenthümer der Sache sey, um sie gleich Anfangs gültig verpfänden zu können. Es genügt, daß er sie in bonis hat, L. 15. §. 1. D. de pign. L. 18. eod. In bonis hat der Gläubiger aber auch das Nomen, L. 49. D. de Verb. sign.

(10) Daß aber die Verpfändung des Nomen nicht ipso jure gilt, davon setzt Anton Faber in Conjecturis c. 16. den Grund darin, weil es von der Willkühr des ersten Gläubigers abhängen würde, die Schuld einzuziehen und

Den Einwurf, daß der Pfandgläubiger nicht mehr Recht haben kann, als der Pfandschuldner, kann man dadurch heben, daß man sagt: die Gesetze sehen hier nicht sowohl auf das Recht des Gläubigers, als vielmehr auf die Verbindlichkeit des Schuldners, behandeln diese als Sache und geben dem zweiten Gläubiger ein Recht daran, was der erste zwar nicht hatte, sich aber nach der Natur des Objekts nur auf die Person des Schuldners beschränkt und ebendaher nicht sowol mehr Recht, als nur — wie überhaupt das Pfandrecht im Verhältniß zu dem Recht des Verpfänders — ein anderes ist.

---

dadurch das Pfandrecht wieder aufzuheben. — Wäre dies der Grund, so hätte die Verpfändung des Nomen auf keine Art gelten müssen, weder ipso jure, noch per tuitionem Praetoris. Daß er es nicht, daß die ganze Voraussetzung falsch sey, ist leicht zu zeigen.

Der erste Gläubiger bleibt zwar auch nach der Verpfändung des Nomen Gläubiger, wie ein andrer Pfandschuldner Eigenthümer der verpfändeten Sache bleibt; aber, wenn der zweite Gläubiger anders nicht unterlassen hat, den Schuldner von der geschehenen Verpfändung zu benachrichtigen, kann der erste Gläubiger von seinem Rechte mit Erfolg keinen Gebrauch machen, solange das Pfandrecht dauert, wenigstens würde für den Schuldner, der, ungeachtet der geschehenen Denunciation, dem Verpfänder Zalung geleistet hätte, diese den effectum liberandi gegen den zweiten Gläubiger nicht haben.

Der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, erlangt also, gleich jedem andern Pfandgläubiger, ein dingliches Recht, aber, diesem ungleich, kein Recht, das Object seines Rechts, bey wem es sich auch befinden mag, in Ansprache zu nehmen und es gegen jeden Besitzer zu verfolgen. Ein solches Recht ist hier, der Natur der Sache nach, unmöglich. Denn hier kann von keinem Besitz und von keinen Veränderungen des Besitzes die Rede seyn. Ebensowenig kann die Verbindlichkeit von der Person des Verpflichteten getrennt werden. (Daß sie auf den Erben übergeht, begründet keine Ausnahme von der Regel, da dieser im Rechtssinne mit dem Verstorbenen Eine Person ausmacht.) Es konnte daher keinen Nutzen haben, dem Gläubiger eine actio in rem beizulegen.

Wie, wenn ein Dritter die Verbindlichkeit des Schuldners (des Schuldners) mit oder ohne Auftrag desselben, durch Delegation oder Expromission auf sich nähme, würde dessen Obligatio dem Gläubiger (des Gläubigers) verhaftet seyn? Nein, weil es eine neue, nicht eadem obligatio seyn würde (11).

---

(11) L. 1. pr. D. de Novat. — Aber die neue Verbindlichkeit würde ein Surrogat der alten seyn! — Die Regel: Surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est, gilt nur bey den Universalklagen, nicht beym Pfandrecht, namentlich nicht bey rebus oppignoratis singularibus, v. Hofacker. Princ. jur.

Ob aber ein solcher Vertrag dem zweiten Gläubiger nachtheilig seyn, ob die auf allen Fall nöthige Einwilligung des ersten Gläubigers ihn abhalten könnte, den alten Schuldner, der dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit werden sollte, in Ansprache zu nehmen, ist eine Frage, die nicht hieher gehört, und deren Beantwortung wir für jetzt noch verschieben.

Die Frage, die hier untersucht und beantwortet ist, war, ob das Recht des Gläubigers am Nomen ein dingliches oder persönliches sey. Nur diese Frage konnte aufgeworfen werden. Dagegen versteht es sich von selbst, daß das Recht an der Sache, die den Gegenstand der verpfändeten Verbindlichkeit ausmacht — was der Gläubiger gleich Anfangs nicht hat, in der Folge aber erlangen kann — ein dingliches sey. Und sobald der Gläubiger dies erlangt hat, hat er auch ein Recht, die Sache gegen jeden Besitzer zu verfolgen, — eine actio in rem.

---

civ tom. II. §. 1168. War ein allgemeines Pfandrecht bestellt, so würde bey einer Veränderung des dritten Schuldners das neue Nomen freylich Object des Pfandrechts seyn, aber nicht als Surrogat des alten, sondern weil das allgemeine Pfandrecht auch das künftige Vermögen des Verpfänders begreift.

Rechtsverhältniß des Dritten gegen seinen Gläubiger und den Gläubiger seines Gläubigers nach der Verpfändung.

§. 7.

Daraus, daß der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, berechtigt ist, von dem Drittten, was dieser dem ersten Gläubiger schuldig ist, abzufordern, folgt von selbst, daß der Dritte gegen seinen klagenden Gläubiger geschützt werden müsse. Die L. 18. pr. D. de pign. act. bestätigt dies per verba: Ut et te in exigenda pecunia *et debitorem adversus me, si cum eo experiar, (praetor) tueatur*. Der Schuldner des Schuldners muß gegen seinen klagenden Gläubiger geschützt werden, wenn nur erst die Verpfändung geschehen und ihm davon durch den Gläubiger seines Gläubigers die Anzeige gemacht worden. Denn nach dieser Anzeige darf er, zufolge der L. 4 C. Quae res pign. seinem Gläubiger nicht Zalung leisten, ohne dem Gläubiger seines Gläubigers verhaftet zu bleiben.

Belangt der Letztere ihn', so steht ihm eine Einrede gegen denselben zu, die aber für jetzt nur noch dilatorisch ist, weil seine Verbindlichkeit gegen ihn durch die Verpfändung nicht aufgehört hat, noch hat aufhören sollen und das Pfandrecht des

zweiter Gläubigers am Nomen wieder erlöschen kann, wo alsdann das Recht des ersten wieder wirksam wird.

Er muß ferner geschützt werden, wenn er, in Folge der Verpfändung, dem zweiten Gläubiger Zalung geleistet hat. Durch diese Zalung wird jedoch der Pfandschuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Pfandgläubiger nicht befreit (sondern erst durch die nachfolgende Compensation u. s. w.) Auch der Schuldner des Pfandschuldners wird nicht ipso jure seiner Verbindlichkeit gegen seinen Gläubiger entledigt, sondern er schützt sich gegen ihn durch eine peremtorische Einrede ([1]) und diese Einrede ist die exceptio doli generalis ([2]).

---

(1) Statt der unterstrichenen Worte der L. 18. pr. D. de pign. act. steht in Basil Lib. XXV. Tit. 1. N. 18. [Tom. IV. p. 7,] καὶ ἐνάγων ὁ χρεώστης μοῦ τῶ χρεώστη αὐτοῦ καταβάλλοντι μοὶ, ἐκβάλλεται παραγραφῆ, et si debitor meus conveniat debitorem suum, qui jam mihi solvit, repellitur excepticne. — Durch den Zwischensatz, qui jam mihi solvit, ist nicht grade gesagt, daß der Dritte nicht auch schon vor der Zalung, nach der Verpfändung, eine Einrede gegen seinen klagenden Glaubiger habe. Unius positio non est alterius exclusio. Eine peremtorische Einrede hat der Dritte freilich auch nur unter dieser Voraussetzung. Anf allen Fall sind die Worte der L. 18. so allgemein, daß sie beide Fälle unter sich begreifen und sie so allgemein zu verstehen, stimmt ganz mit der Natur der Sache überein.

(2) L. 6. D. de doli mali et metus exc. Donell. Comment. L. 22. c. 6. n. 20. 30. 40.

Soviel von den Einreden des Dritten gegen den ersten oder seinen Gläubiger; jetzt von den Einreden des Dritten gegen den Zweiten oder den Gläubiger seines Gläubigers.

Da der Pfandgläubiger nicht mehr Recht haben kann, als derjenige, von dem er sein Recht ableitet und die Lage des Schuldners durch die Verträge dritter Personen nicht verschlimmert werden darf, denen er seine Zustimmung nicht gegeben, so kann es keinen Zweifel leiden, daß der Dritte dem klagenden zweiten Gläubiger eben die Einreden entgegensetzen könne, die ihm vor der Verpfändung gegen den ersten zustanden. Dies deuten auch die Worte der L. 4. C. „quatenus tamen ipse debet“ an. Selbst persönliche Einreden z. B. die exceptio doli stehen dem klagenden zweiten Gläubiger entgegen. Die L. 4. §. 30. D. de doli mali et metus exc. enthält dies zunächst von der actio hypothecaria, wofür manche, wie wir gesehen haben, die actio utilis desjenigen, dem ein Nomen verpfändet worden, halten. Allein, man kann sagen, die actio hypothecaria stehe zu dem dinglichen Rechte des Pfandschuldners in demselben Verhältniß, wie die actio utilis, die wir für eine actio personalis halten, zu dem persönlichen Rechte Ebendesselben, und es sey durch jene Lex ein für das Pfandrecht überhaupt geltender Satz ausgesprochen.

Einreden des Dritten gegen den klagenden Pfandgläubiger, als solchen.

§. 8.

Es fragt sich aber, ob der Schuldner, wenn er vom Gläubiger (des Gläubigers) belangt wird, ausser den Einreden, die er seinem Gläubiger auch hätte entgegensetzeu können, dem klagenden Pfandgläubiger, als solchem, Einreden entgegenstellen, m. a. W., ob er sich auf die Beneficia Excussionis et Cessionis berufen könne.

Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einverstanden, daß dem Schuldner (des Schuldners), dessen Nomen verpfändet worden, das Beneficium Excussionis zu Statten komme; einige (1) legen es ihm bey, andere (2) sprechen es ihm ab.

---

(1) Cujacius ad Pauli libr. ad Edictum p. 448. Westphals Pfandrecht §. 441. ibique nota.

(2) Anton Faber de error. Pragmat. dec. 5. err. 20 Franzke Resolut. lib. I. resol. 12. n. 71. Bachov (de pignoribus l. 3. c. 17. §. 5.) findet das eine so wahrscheinlich wie das andere, will es aber in dubio mit der gemeinen Meinung halten, wornach das Beneficium hier nicht Statt findet.

Zuvörderst wollen wir bemerken, daß es auf die Entscheidung dieser Streitfrage ohne Einfluß sey, ob die Klage des Gläubigers, die actio utilis, eine dingliche oder persönliche sey. Und so kann Anton Faber nicht der Inconsequenz wegen getadelt werden, welcher unter actio utilis die hypothecarische Klage versteht und dennoch dem Schuldner das Beneficium Excussionis abspricht, noch Westphal, bey dem der entgegengesetzte Fall eintritt.

Anton Faber also behauptet, daß dem Schuldner (des Schuldners) das Beneficium Excussionis nicht zu gute komme. Seine Gründe sind folgende: Das Beneficium Excussionis ist nur dem dritten Besitzer der Hypothek ertheilt, theils wegen Begünstigung des Besitzes, theils damit die Processe nicht vervielfältigt werden. Der belangte und verurtheilte Besitzer würde seinen Regreß gegen den Pfandschuldner nehmen. Nun ist aber der Schuldner des Schuldners nicht nur nicht Besitzer, sondern er kann auch keinen Regreß gegen den Pfandschuldner, seinen Gläubiger, nehmen. Der Grund, warum dem Besitzer das Beneficium Excussionis zusteht, beruht darauf, daß er seinen Regreß gegen den Pfandschuldner nehmen würde. Wo der Regreß wegfällt, etwa weil der Besitzer keinen Titel seines Besitzes hat, fällt auch das Beneficium weg.

Westphal sucht ihn zu widerlegen. Er sagt: Der Grund, daß der Schuldner nicht als dritter Besitzer angesehen werden kann, ist nicht

erheblich. Die ganze Verpfändung einer Forderung ist etwas Uneigentliches. Nicht deshalb ist das Beneficium Excussionis eingeführt, weil der Besitzer der Hypothek seinen Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen würde. Wäre dies, so müßte erst jedesmal untersucht werden, ob der Dritte nicht durch eine Schenkung oder auf eine andre den Regreß ausschließende Art zum Besitz gelangt sey. Dies aber ist dem Gesetz nicht gemäß. Dagegen muß man arg. L. 4. C. Quando fisc. vel priv. debitor. annehmen, daß auch beym nomine oppignorato dem Dritten das Beneficium Excussionis zustehe. Jene Lex spricht zwar nur von fiscalischen Forderungen; allein durch die L. 2. C. eod. ist dasselbe von jedem richterlichen Pfandrecht verordnet.

Indessen ist zu bemerken, daß Anton Faber seinen Satz nur vom Conventionalpfandrecht am Nomen behauptet, wohingegen er beym Legalpfandrecht nach der angeführten L. 4. C. Quando fisc. vel priv. debitor. und eben so beym richterlichen Pfandrecht dem Schuldner (des Schuldners) das Beneficium Excussionis beilegt.

Es sey uns erlaubt, auch unsre Meinung über die streitige Frage zu äussern.

Der Grund des Gesetzes, wornach zuerst der Hauptschuldner, dann die Bürgen, darauf erst die Güter des Hauptschuldners, unter der Voraussetzung, daß sie von andern in Besitz gehalten werden, (zuletzt die Güter der Bürgen) in Ansprache zu nehmen sind, ist

auf den Fall des verpfändeten Nomen nicht anwendbar. Zwar mögten wir ihn mit Anton Faber nicht grade darin setzen, weil der Besitzer seinen Regreß gegen den Schuldner nehmen und auf solche Art die Processe vervielfältigt werden würden. Was Westphal dagegen anführt, enthält keine Widerlegung. Denn wenn es auch Fälle geben kann, wo der Besitzer gegen den Pfandschuldner keinen Regreß zu nehmen hätte, so wird das Gegentheil doch der gewöhnliche Fall seyn. Und für das, was gewöhnlich geschieht, werden die Gesetze gegeben(3). Allein jener Grund erklärt nicht, warum der Bürge, der doch auch seinen Regreß zu nehmen hat, früher an die Reihe kömmt, als der Besitzer der Güter des Hauptschuldners.

Der Grund des Gesetzes liegt näher und ist allgemeiner.

Dadurch, daß der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt, wird ja in der Regel seine Dispositionsgewalt über die verpfändete Sache nicht aufgehoben. Er kann sie verkaufen, verschenken, vermachen, oder auf andere Art veräussern, sie an andre verpfänden. Der vorhergehende Pfandnexus wird dadurch nicht aufgelößt, die Sache bleibt obligata, wo sie sich auch befinden mag, und so kann eine Collision wolerworbener

---

(3) L. 4. 5. D. de legibus.

Rechte entstehen (4). Damit nun der Kampf der Rechte des Gläubigers und des Besitzers der Hypothek, deren feindseliges Zusammentreffen nur zum Nachtheil des Letztern gereichen kann, vermieden und die Rechte desselben, solange es nur möglich ist, sie zu schützen, erhalten werden, gab der Gesetzgeber dem Besitzer das Beneficium Excussionis, wodurch dem Gläubiger kein Recht entzogen, sondern dessen Ausübung vor der Hand nur verschoben wird.

Daraus folgt nun, wie wir hier im Vorbeygehen bemerken, daß jenes Beneficium dem nicht zu Statten kommen kann, der sich absque ullo titulo im Besitz befindet. Es wäre absurd, anzunehmen, der Gesetzgeber habe einen ungerechten Besitz durch Ertheilung eines Beneficii begünstigen wollen.

Es folgt daraus weiter, als warum es uns hier nur zu thun ist, daß beym verpfändeten Nomen der Schuldner (des Schnldners) sich nicht auf das Beneficium Excussionis berufen könne. Hier ist keine Collision von Rechten, die das Gesetz bis zum Nothfall verschoben wissen wollte. Ja der Schuldner des (Schuldners) hat nicht einmal ein Interesse dabey, dem Gläubiger (des Gläubigers) das Beneficium Excussionis entgegenzusetzen, da immer vorausgesetzt wird, daß er nicht nur überhaupt schuldig sey, sondern auch,

(4) Zu den Ausnamen, die man von der Regel, daß dem dritten Besitzer der Hypothek das Beneficium Excusionis zustehe, macht, gehört auch die: si reus sciens rem obligatam com-

daß diese Schuld, d. i. was er schuldig ist, schon jetzt fällig sey (5).

Es ist daher kein Grund vorhanden, die Novelle 4. c. 2. die nur dem Besitzer der Hypothek

---

paravit, v. Hofacker Princ. jur. civ. tom. II. §. 1236. Voet ad lib. XX. tit. IV. D. Qui pot. in pign. führt den Grund davon an: cum jura deceptis, non item scientibus subvenire ac parcere soleant. Da der Erwerb einer verpfändeten Sache ein gesetzlich erlaubtes Geschäft ist, so folgt daraus klar, daß es keinen Unterschied machen könne, ob der Erwerber von dem bestehenden Pfandnexus wußte oder nicht.

(5) Eine Ausnahme ist beym Fiscus in Ansehung der Primipilarschuld, welcher den Schuldner seines Schuldners mit einer condictio ex lege nöthigen kann, daß er ihm zale, was er dem Schuldner des Fiscus schuldig ist und zwar eher, als dieses fällig ist. Die Worte des Gesetzes L. 1. C. de cond. ex lege lauten also: Licet ante tempus debita exigi non possunt, tamen si te ex primipilo debitorem constitutum fisci, ac patrimonium tuum exhaustum Praeses provinciae compererit, ut ad solutionis securitatem solum foenebris pecuniae subsidium superesse videatur: commonebit debitorem, si saltem ipse sit solvendo, *ut ante definitum tempus debita repraesentet*: ut fisco, cujus ob necessitates publicas causam potiorem esse oportet, debita pecunia exolvatur. — Soweit das Gesetz.

Repraesentare est ante diem aliquid praestare aut solvere vel antequam aliquid debeatur, solvere, omnemque accelerationem significat, Vinn. ad §. 14. I. de legatis n. 1.

das Beneficium Excussionis beilegt, auf diesen Fall, wo von keinem Besitz die Rede seyn kann, auszudehnen.

Es frägt sich indessen, ob nicht schon nach dem Rechte des Codex der Dritte das Beneficium Excussionis gehabt habe? Nach der L. 4. C. Quando fisc. vel priv. debitor ist es ausgemachten Rechtens, daß die Schuldner fiscalischer Schuldner vom Fiscus nicht eher belangt werden dürfen, nisi patuerit, principales reos idoneos non esse. Daß hierbey auf das Pfandrecht des Fiscus; das gesetzliche, Rücksicht genommen sey, ist nicht zu bezweifeln, da sich sonst kein Grund ergibt, woher der Fiscus die Schuldner seines Schuldners überhaupt hätte belangen können und von einem richterlichen Pfandrecht an dieser Stelle nicht die Rede ist, obgleich Westphal das Letztere zu glauben scheint. Und da man beym Fiscus am wenigsten ein Privilegium odiosum vermuthen kann, so mögte man aus dieser Lex den Satz ableiten, daß schon nach dem Rechte des Codex beym Pfandrecht am Nomen überhaupt der Schuldner des Schuldners das Beneficium excussionis gehabt oder vielmehr, daß der Gläubiger, gegen die sonstige Regel, beym verpfändeten Nomen nicht die Wahl gehabt habe, wen er zuerst belangen wolle, den Pfandschuldner oder den Dritten.

Allein die L. 4. C. cit. Quae res pign. erweckt schon wenigstens die Vermuthung, daß dieser Satz nicht allgemein für den Fall des verpfändeten Nomen gegolten habe, indem sie den Gläubiger gradezu an den Schuldner des Schuldners verweist.

Dagegen finden wir, wie schon nach dem älteren Rechte man es billig fand, daß der Fiscus wegen rückständiger Forderungen zuvor den Hauptschuldner und dann erst, vermöge seines gesetzlichen Pfandrechts, den Besitzer der Hypothek belangen dürfe (6). Dasselbe wird in der L. 4. C. Quando fiscus vel priv. von dem Fall gesagt, wenn der Fiscus, vermöge seines Pfandrechts, die Schuldner seines Schuldners in Ansprache nehmen will.

Es galt also nicht vom verpfändeten Nomen überhaupt, sondern nur dann, wenn der Fiscus Gläubiger war, und ist nicht auf andre Gläubiger ausdehnen. Dies behauptet auch nicht Cujaz, von dem Westphal jenen Grund entlehnt zu haben scheint, sondern er sagt nur, daß die Ordnung, die hiernach beym Pfandrecht des Fiscus am Nomen schon vor der Novelle beobachtet worden, durch sie auf alle übrigen Gläubiger ausgedehnt worden und daher müsse man nun auch in Ansehung der übrigen Gläubiger annehmen, daß erst der Hauptschuldner ausgeklagt seyn müsse, bevor das Nomen, was dieser zum Pfande gegeben, ausgeklagt werden könne.

Aber mit welchem Recht läßt sich behaupten, daß Justinian bey der Novelle 4. c. 2. grade das Pfandrecht des Fiscus am Nomen vor Augen gehabt habe. Enthält das Gesetz wohl eine Spur davon? Spricht es nicht vielmehr bloß vom dritten Besitzer der Hypothek? Und

(6) L. 47. pr. D. de jure fisci. L. 2. C. de conv. fisci debitor.

selbst, wenn die Worte der Novelle so allgemein abgefaßt wären, daß sie jedes Pfandrecht, auch das am Nomen unter sich begriffen, würde das Letztere dennoch, wenn es nicht ausdrücklich mit genannt wäre, nach dem, was oben gesagt ist, von der Verordnung des Gesetzes auszunehmen, und dieses, wie wir es jetzt stricte interpretirt haben, dann restrictive auszulegen seyn.

Was endlich die angeführte L. 2. C. Quando fiscus vel priv. debitor. betrifft, so spricht selbige durchaus nicht von dem, was Rechtens sey bey einem bereits bestehenden Pfandrecht am Nomen, sondern von der Verfahrungsart bey Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils, von einem Pignus judiciale, was jetzt erst entstehen soll.

Ehe ein solches Pfandrecht entstanden ist, kann der Schuldner des Schuldners gar nicht belangt werden, nach der Regel: Debitor debitoris mei non est debitor meus. Er bedarf also des Beneficii Excussionis nicht. Ist es aber entstanden, so kann von einem Beneficio Excussionis hier gar nicht die Rede seyn. Damit nur überhaupt möglich sey, daß es entstehen könne, wird vorausgesetzt, daß der Hauptschuldner belangt und rechtskräftig verurtheilt sey. Daß es aber, zufolge jener und andrer Gesetzstellen (7), erst entstehen soll, wenn der Schuldner keine andre Sachen hat, die ihm abgepfändet werden können; — wenn man dies ein Beneficium Excussionis nennen will, wir haben nichts dagegen, es gehört aber nicht hieher.

---

(7) L. 15. §. 2. et 8. D. de re judicata.

Es steht also der Satz fest, daß der Schuldner des Schuldners, wenn er vom Gläubiger des Gläubigers aus dem Pfandrecht am Nomen belangt wird, das Beneficium Excussionis nicht auf sich anwenden könne, es mag nun das Pfandrecht ein conventionelles oder legales u. s. w. seyn.

Wir haben aber oben gesagt, daß der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, an dem Object der Verbindlichkeit ein dingliches Recht erlangen könne. Nachdem dies geschehen, ist es freylich möglich, daß ein Dritter, gegen den er jenes Object verfolgt, sich auf das Beneficium Ordinis berufen könne. Gelangte er, der Gläubiger, zum Besitz der schuldigen Sache und verlohr ihn, so hat der Besitzer dieses Beneficium überhaupt nicht ([8]). Wenn aber der Schuldner an den ersten Gläubiger das schuldige Object bezahlt und dieser es veräussert hätte, dann freilich würde der Besitzer gegen den klagenden zweiten Gläubiger sich auf das Beneficium Ordinis möglicherweise berufen können. —

Was das Beneficium Cessionis betrifft, so versteht es sich von selbst, daß davon hier die Rede nicht seyn könne, da, der Voraussetzung zufolge, der Dritte, wenn er zahlt, nur dasjenige zahlt, was er schuldig ist und keinen Regreß gegen seinen Gläubiger nehmen kann.

---

(8) Franzke Resolut. lib. I. resolut 12. n. 39.

Wirkungen, welche die Verpfändung des Nomen nicht hat. Der Pfandgläubiger hat 1) kein Recht gegen denjenigen, an welchen der Pfandschuldner das Nomen nach der Verpfändung veräussert hat.

§. 9.

Nun, nachdem wir die Wirkungen der Verpfändung des Nomen betrachtet haben, von den Wirkungen, die sie nicht hat, ihr aber fälschlich beigelegt werden.

Es behaupten die Rechtslehrer ([1]), daß, wenn der Pfandschuldner das Nomen nach der Verpfändung veräussert habe, der Pfandgläubiger gegen den Cessionar mit der actio hypothecaria auf Auslieferung der Schuldverschreibung klagen könne. Um diese ist es ihnen indessen an sich nicht zu thun, sondern die Forderung des Pfandschuldners ist es, deren Rückgabe dadurch bewirkt werden soll. Huber, der jene Behauptung aufstellt, nimmt den Fall an, der Gläubiger habe das Nomen nur zur Hypothek empfangen, nicht aber als Pignus

(1) v. Huber. Prael. ad D. lib. XX. tit. I. n. 12. J. H. Boehmer. Consultat. Resp. 353. qu. 3.

ker und andre statuiren beides Pignus und Hypotheca Nominum, wie wir oben gesehen haben) weil ihm die Schuldverschreibung nicht ausgeliefert worden, nachher aber habe der Pfandschuldner das verpfändete Nomen veräussert und dem Cessionar das Instrument übergeben. Jetzt gibt er dem Gläubiger die hypothecarische Klage, um dadurch zum Besitz der Schuldverschreibung und somit zum Besitz der Forderung selbst, worüber sie lautet, zu gelangen. Andre (2) behaupten, daß der Gläubiger gegen den Cessionar gradezu auf Auslieferung der Schuldpost mit der actio hypothecaria klagen könne.

Wir haben oben bereits bemerkt, daß ein Recht als bloßes ens rationis, als der Verstandeswelt angehörig, nicht besessen und sowenig überhaupt, als per symbolum, tradirt werden könne. Ebenso haben wir, wenn es uns gelungen ist, bewiesen, daß es nicht die actio hypothecaria, sondern eine persönliche Klage gegen den Schuldner des Schuldners sey, die der Gläubiger durch die Verpfändung des Nomen erlangt.

Wenn der Pfandschuldner dem Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht bestellt oder wenn er ihm speciell ein Nomen verhypothesirt hat und nun hinterher das Nomen veräussert, so kann der Gläubiger gegen den Cessionar nicht klagen, sowenig auf Auslieferung der Schuldpost gradezu und unmittelbar, als mittelbar unter dem Vor-

(2) Junker a. a. O. part. theor. §. 32. und part. pract. §. 10 et 11. und andre Schriftsteller, die er nennt.

wande der auszuliefernden Schuldverschreibung. Im letztern Fall würde überdies die Möglichkeit zu klagen von dem zufälligen Umstande abhängen, daß auf die Schuld überhaupt eine Verschreibung ausgestellt worden und diese in den Händen des Cessionars sey.

Gegen den Cessionar hat der Gläubiger weder ein persönliches, noch ein dingliches Recht. Der Cessionar besitzt das dem Gläubiger verpfändete Nomen nicht, er kann es nicht überliefern, vielmehr ist das Nomen unverändert geblieben, wo es war, nämlich beym Schuldner (des Schuldners.)

Weit eher könnte wohl die Frage aufgeworfen werden, ob dem Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden, die nachfolgende Veräusserung desselben überhaupt nachtheilig seyn könne. Und es scheint uns, daß diese Frage zum Vortheil des Gläubigers entschieden werden müsse, ohne Unterschied, es mag das Nomen in der allgemeinen Verpfändung begriffen oder speciell verhypothesirt, es mag der Schuldner durch den Gläubiger von der Verpfändung benachrichtigt seyn oder nicht.

Nicht nur bleibt die Verbindlichkeit, als das Object der Verpfändung, wo sie war, nämlich beym Schuldner, sondern die L. 15. C. de pign. (3) stellt auch die allgemeine Regel auf, daß

---

(3) *L. 15. C. de pign.* Debitorem neque vendentem, neque donantem vel legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

der Pfandschuldner durch Veräusserung des Pfandes die Lage seines Gläubigers nicht verschlimmern könne. Zwar spricht sie nicht sowohl von dem, was dem Verpfänder nicht erlaubt sey, als von dem, was ausser seiner Macht liege. Allein dies ist auch hier der Fall. Wie verpfändete körperliche Sachen mit der ihnen anklebenden Last auf den neuen Erwerber übergehen, so dauert auch beym verpfändeten Nomen nach der Veräusserung desselben das Recht des Pfandgläubigers daran fort. Dort bleibt die körperliche Sache, hier die unverändert fortdauernde Verbindlichkeit obligata. In keinem Fall ist es in die Gewalt des Verpfänders gegeben, durch die Veräusserung des Pfandes den vorhergehenden Pfandnexus aufzulösen (4).

Damit ist nun freilich nicht gesagt, daß die Veräusserung des verpfändeten Nomen nicht an sich gültig seyn sollte. Sie gilt, wie die Veräusserung des Pfandes überhaupt gilt, jedoch unbeschadet des Rechts des Pfandgläubigers und dieser wird nach wie vor von dem Dritten, was er dem ersten Gläubiger schuldig ist, abfordern können (5).

---

(4) L. 10. C. de remiss. pign. Res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias, citra consensum eorum debitores alienantes, praecedentem non dissolvunt obligationem.

(5) Man könnte zur Bestätigung der hier geäusserten Meinung, speciell in Beziehung auf das verpfändete Nomen, vielleicht eine Stelle aus dem Römischen Recht anführen, nämlich

Auf solche Art bedarf er keiner Klage gegen den Cessionar auf Auslieferung der Schuldpost — wenn diese überhaupt möglich wäre — und hat eine solche Klage und ein solches Recht überall nicht.

Wir gestehen am Schluß, daß unsre Theorie dem täglichen Verkehr nicht günstig sey. Es geschieht toto die, daß Wechsel und andre Schuld-

---

die allegirte L. 7. C. de hered. vel act. vend., wenn man nämlich bey den Worten: ordinarium visum est, post nominis venditionem, *oppignorati* (sc. nominis) als im Sinne behalten annähme. Die Stelle würde noch immer als Hülfsargument für den Beweis der Persönlichkeit der Klage gebraucht werden können, es bedürfte dann aber der Emendation: *veluti ipsi*, statt: *vel ipsi*, nicht, (die indessen ohnehin so nöthig nicht ist), und der Sinn wäre, beide, der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet worden und der Cessionar, an den dasselbe Nomen, nach der Verpfändung, vom Pfandschuldner veräussert worden, hätten eine actio utilis, eine persönliche Klage gegen den Dritten (und im Collisionsfall ginge das frühere Pfandrecht des Gläubigers vor, was freilich nicht gesagt ist, aber auch nicht ausdrücklich gesagt zu werden brauchte.) Das: *exemplo creditoris* der nachfolgenden Lex könnte vom ersten Gläubiger, dem Cedenten, verstanden werden. — Indessen scheint dieser Erklärung die Faßung beider LL. insonderheit der erstern, und ihr Beisammenseyn entgegenzustehen und diejenige Erklärung, welche oben (§. 5.) vorgekommen ist, die natürlichere zu seyn, daher wir auch dabey bleiben wollen.

verschreibungen veräussert werden. Sie wandern wie baares Geld aus einer Hand in die andre und Niemand fragt, ob in der Reihe seiner Vorgänger nicht dieser oder jener einmal ein allgemeines oder besondres Pfandrecht am Nomen constituirt habe.

Doch jener Vorwurf trift die ältere Theorie in einem höhern Grade, wie die unsrige, und wir wollen lieber einen nachtheiligen Satz vertheidigen, als einen ungerechten. Fiat justitia — —

Späterer Zusatz.

Wir lesen in Webers neuestem Werk: Ueber die Rückanwendung der Gesetze S. 205., daß die Frage, ob der Gläubiger, vermöge seines allgemeinen Pfandrechts, auch die darunter mit begriffenen Schuldforderungen, welche sein Schuldner in der Folge an andre Personen abgetreten hatte, mit der hypothecarischen Klage in Anspruche nehmen könne, — neuerer Zeit bei den Mecklenburgischen Gerichten zur Sprache gekommen sey. Diese Frage ist (nach Note 113.) von der Juristenfacultät zu Gießen zum Vortheil des klagenden Pfandgläubigers entschieden. Durch eine landesherrliche Verordnung vom 30. Jan. 1810 ist aber verordnet: „daß die von einem debitore bona fide und zu „einer Zeit, da er noch gültig über das Seinige „zu disponiren und zu zalen befugt war, an andre „zur Zalung abgetretene und durch Zustellung der „Papiere in das Eigenthum des Cessionarii über„gegangene Schuldforderungen von andern hypo„thecarischen Gläubigern des Cedenten in keine „Wege in Anspruche genommen werden können, „noch sollen.“ — Es scheint, daß in den Rechts-

fällen, die bey den Mecklenburgischen Gerichten zur Sprache gekommen und in der dadurch veranlaßten Herzoglichen Verordnng (die sich aber, wie man sieht, nicht auf jedes verpfändete und nachher veräusserte, sondern nur auf ein an Zalungsstatt hingegebenes Nomen erstreckt) von dem vermeintlichen Recht des Pfandgläubigers gegen den Cessionar die Rede gewesen sey, daß man sich an die Theorie Hubers u. a. gehalten, das, der Veräusserung ungeachtet, unverändert fortdauernde Recht des Pfandgläubigers gegen den Dritten (den Schuldner des Schuldners) aber gänzlich übersehen habe. Auch hat man, wie es scheint, nicht bemerkt, daß die Schuldurkunde, deren Besitz und Uebergabe hier gleichgültig ist, einen Rang einnimmt, der ihr nicht zukömmt. Ist unsere oben geäusserte Ansicht richtig, so hat die Juristenfacultät von Gießen dem Pfandgläubiger ein Recht zuerkannt, und die Herzogliche Regierung ihm (dem Pfandgläubiger in der Idee) ein Recht genommen, was er vorher schon nicht hatte, unter keiner Bedingung, — nämlich das verpfändete Nomen gegen den Cessionar zu verfolgen.

Die Herzogliche Verordnung erstreckt sich übrigens auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle, nach einer ausdrücklichen Bestimmung im Eingange derselben, und in dieser Hinsicht ist es, daß Weber davon spricht, in dessen Plan es nicht lag, die Frage selbst, wovon hier die Rede ist, einer Untersuchung zu unterziehen.

Fortsetzung. Der Pfandgläubiger hat ferner 2) kein Separationsrecht beym Concurse des Pfandschuldners.

§. 10.

Eine sehr wichtige Wirkung der Verpfändung des Nomen besteht, wenn man den Practikern Glauben zustellen will, darin, daß der Gläubiger nicht nöthig hat, sich in den Concurs, der über seines Schuldners Vermögen ausgebrochen ist, einzulassen, sondern, daß er seine Befriedigung ausserhalb des Concurses suchen oder doch beym Concurse jure separationis den eigentlichen Gläubigern vorgesetzt zu werden, begehren kann [1]. Die übrigen Gläubiger, heißt es, können nur, was von der verpfändeten Forderung, nach Befriedigung dieses Gläubigers, etwa übrig bleiben mögte, in Anspruche nehmen, insoferne sie nicht ältere hypothecarische Rechte zu erweisen im Stande sind.

---

(1) J. H. Boehmer Consultat. Tom. 2. Resp. 406. Mev. P. 5. dec. 344. Struben's rechtl. Bed. Th. 3. Bed. 10. Pütters Rechtsfälle, Bd. 3. Thl. 1. Resp. 299. Quistorp's rechtl. Bem. Thl. 1. Bem. 42.

Dies also behaupten die Practiker, doch nicht alle absolut, sondern einige, wie Quistorp (s. Not. 1.) unter der Bedingung, wenn dem Pfandgläubiger die über das verpfändete Nomen lautende Schuldverschreibung eingehändigt worden.

Die Gründe, worauf sich ihre Meinung stützt, sind folgende:

I.) Jene sagen, der Gläubiger habe das Nomen im Besitz und könne daher nach entstandenem Concurse, so gut, wie jeder andre Besitzer der Hypothek das Jus Retentionis nach wie vor, bis er befriedigt worden, ausüben.

Die Meinung, daß der Gläubiger, dem ein Nomen verpfändet ist, im Besitz desselben sey, wenn ihm die darüber lautende Schuldverschreibung eingehändigt worden, gründet sich auf die mißverstandenen von uns im §. 2. angeführten Gesetzstellen, besonders auf die L. 7. C. de hered vel act. vend. und ist bereits oben von uns widerlegt.

Wir haben daselbst gezeigt, daß das, quod in jure consistit, kein Gegenstand eines möglichen Besitzes sey und wollen, was wir dort gesagt haben, hier nicht wiederholen.

Selbst in Voraussetzung der Möglichkeit des Besitzes und der Uebergabe des Nomen würde doch erst die Frage aufzuwerfen seyn, ob überhaupt der Besitzer der Hypothek im Concurse ein Jus Retentionis ferner noch ausüben könne,

eine Frage, die bekanntlich streitig [2] hier aber zu erörtern und zu entscheiden nicht nöthig ist.

Dieser erste Grund beschränkt sich auf den Fall, wenn bey der Verpfändung des Nomen die Schuldurkunde übergeben und dadurch, wie man vermeint, der Besitz desselben übertragen ist; der nun folgende ist allgemein für jede Art der Verpfändung des Nomen, für das pignus sowohl als die hypotheca nominum; (wir müssen hier als Referenten der gewöhnlichen Vorstellungsart folgen.)

Er besteht darin:

II.) Daß ein verpfändetes Nomen — einige sagen eventualiter — als cedirt anzusehen sey.

Wie unrichtig diese Ansicht sey, wird sich ergeben, wenn wir am Schluß die Verpfändung des Nomen mit der Veräusserung desselben vergleichen und die Verschiedenheit beider von einander betrachten.

Für jetzt nur soviel:

Es ist gar die Meinung der Contrahenten nicht, daß das Nomen an den Gläubiger veräussert seyn soll. Die Verpfändung soll, ihrem Begriff nach, zur Sicherheit einer Forderung dienen, nicht aber diese Forderung aufheben. Dies

(2) Worüber allenfalls nachzusehen Faselius Versuch einer system. Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht, 2te Aufl. §. 29 und 30,

würde aber der Fall seyn, wenn jene Ansicht richtig wäre. Es wäre dann die Verpfändung einer Forderung nicht, was sie ist; sondern ein Tausch, — oder datio in solutum.

Wie das verpfändete Nomen überhaupt nicht, so ist es auch nicht eventualiter als cedirt anzusehen, nämlich auf den Fall, daß der Pfandschuldner nicht zur gehörigen Zeit Zalung leisten sollte.

Das Letztere hat man vielleicht daraus geschlossen, das man geglaubt hat, der Gläubiger könne das Jus exigendi nicht eher ausüben, als nachdem seine Forderung fällig geworden. Wenigstens bedingt Westphal die Ausübung jenes Rechts durch den Verzug des Pfandschuldners im Zalen. Die Gesetze, die vom verpfändeten Nomen handeln, enthalten dies nicht, und nach allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts muß man das Gegentheil behaupten, wie schon oben bemerkt ist. Die Worte der L. 4. C. Quae res pign. *Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti* u. s. w. die man uns vielleicht entgegenstellen mögte, beziehen sich auf den dem Imperator vorgelegten Fall. Und überdies wird nicht vorausgesetzt, daß die Forderung fällig, sondern nur, daß sie nicht bezahlt sey.

Daß wir hier nicht von dem Fall reden, wenn wirklich das Nomen veräussert worden, bedingt (3) oder unbedingt, darf nicht bemerkt werden.

---

(3) Daß ein Nomen unter Bedingung veräussert werden könne, enthält L. 19. D. de hered. vel act. vend. Würde aber bey der Verpfän-

Es gibt also keinen Grund, der Verpfändung des Nomen jene Wirkung beyzulegen. Das Nomen bleibt der Verpfändung ungeachtet in bonis des Schuldners; der Gläubiger hat nur ein Pfandrecht daran und zwar ein Pfandrecht ohne Besitz. Gleich jedem andern Pfandgläubiger in diesem Fall wird er sich gefallen lassen müssen, daß das Object seines Pfandrechts von der Gesammtheit der übrigen Creditoren eingezogen, die res debita zur Maße gebracht werde und erwarten, welcher Platz ihm bey der Concurrenz der Gläubiger nach dem Alter seiner Hypothek zu Theil werden werde.

---

dung des Nomen der Nebenvertrag, daß das Nomen auf den Fall, daß der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit Zalung leisten sollte, an den Gläubiger veräussert seyn solle, nicht eine Lex commissoria enthalten, mithin ungültig seyn? —

Die Allgemeinheit oder allgemein lautende Fassung des Edicts Kaiser Constantin's d. G. (L. ult. C. de pactis pign.) mögte allerdings für die Bejahung dieser Frage sprechen. Ex ratione legis ließen sich sonst gegen die Bejahung der Frage gar erhebliche Zweifel erregen, wenn der Nebenvertrag nur grade auf den Theil des Nomen ginge, welche der Größe der Forderung des Pfandgläubigers und beziehungsweise Cessionarii entspräche. Weber in der Abhandlung: Wieweit erstreckt sich bei Verpfändungen das Verbot der Lex commissoria (in den Versuchen über das Civilrecht Nr. 5.) hat diese Frage nicht berührt.

Aufhören des Pfandrechts am Nomen.

§. 11.

Wir haben untersucht, was das Pfandrecht am Nomen sey, wie es entstehe, welche Wirkungen es hervorbringe, welche nicht, und wollen jetzt kürzlich betrachten, wie es aufhört.

Ausser den gewöhnlichen Arten, wie das Pfandrecht überhaupt aufhört, exstincto debito principali oder manente eo per remissionem expressam vel tacitam, gibt es hier eine eigne, nämlich, wenn die Verbindlichkeit des Dritten und somit das Object des Pfandrechts erlischt. Es ist dies dem Fall gleich zu achten, wenn die verpfändete körperliche Sache zu Grunde geht.

Die einzelnen Arten, wie die Verbindlichkeit des Dritten und somit das Object des Pfandrechts aufhören kann, dürfen hier nicht aufgezählt werden.

Dagegen verdient, erwogen zu werden, ob das Pfandrecht am Nomen namentlich auch dann erlischt, wenn durch Novation mit oder ohne Delegation oder Expromission oder Pactum remissorium, kurz durch Verträge des Pfandschuldners mit dritten Personen, die verpfändete Verbindlichkeit aufhört, zu seyn.

Da der Gläubiger ein Pfandrecht am Nomen hat und dieses ihm schon nach allgemeinen Grundsätzen (1), durch Verträge dritter Personen, denen er seine Zustimmung nicht gegeben, nicht entzogen werden darf, da ferner, wie wir gesehen haben, nach der Verpfändung des Nomen der Schuldner dem ersten Gläubiger nicht mehr Zalung leisten darf, die Zalung aber eine Art der Aufhebung der Verbindlichkeit ist; — so ist man genöthigt, anzunehmen, daß wenn gleich Verträge, die auf die Aufhebung der Verbindlichkeit gerichtet sind, unter denen, die sie geschlossen, gültig sind, dennoch das Recht des Pfandgläubigers dadurch nicht aufgehoben werden könne.

Hat aber der Pfandgläubiger unterlassen, dem Schuldner von der geschehenen Verpfändung die Anzeige zu machen, so kann der Letztere dem ersten Gläubiger — ihm selbst sowol, als demjenigen, an den er das verpfändete Nomen etwa veräussert hat — nicht nur Zalung leisten und sich auf solche Art von der Verbindlichkeit frey machen, sondern der Pfandgläubiger wird auch dann nicht mit Wirksamkeit gegen ihn klagen können, wenn der erste Gläubiger ihn auf irgend eine Art der (verpfändeten) Verbindlichkeit entlassen hat.

---

(1) *L. 39. D. de negot. gestis. L. 25. C. de pactis.* Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest. *L. 1. C. inter alios acta aliis non nocere.* Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est. — —

Man kann dies nicht nur aus dem, was von der Zalung gilt, durch Induction ableiten, sondern es ist auch aus der L. ult. D. de transact. zu schließen, wornach der Schuldner, der sich mit dem Erben verglichen hatte, gegen den die Schuld einklagenden Käufer der Erbschaft „propter ignorantiam suam" geschützt wird.

Was aber die Compensation betrifft, so scheint uns, daß es auf den aufgestellten Unterschied vor und nach der Denunciation nicht ankommen könne, sondern daß dadurch auf jeden Fall das Pfandrecht des Gläubigers erlöschen müsse; — indem nämlich jene weder durch Handlungen noch Verträge der Schuldner entsteht, sondern durch den bloßen Umstand, daß Recht und Recht einander gegenüberstehen, diese sich wechselseitig aufheben und der Schuldner (des Schuldners) des Vortheils, den ihm die Compensation gewährt, seinerseits ebensowenig beraubt werden darf, als der Gläubiger des Pfandrechts am Nomen, durch Verträge, denen er seine Zustimmung nicht gegeben hat.

Vergleichung der Veräusserung des Nomen mit der Verpfändung desselben.

§. 12.

Es ist nur noch übrig, um diese Abhandlung zu vollenden, die Verpfändung des Nomen mit der Veräusserung desselben, womit sie verwandt ist, ja sogar, wie wir gesehen haben, verwechselt wird, zu vergleichen.

Wenn Jemand ein Nomen verkauft oder auf andre Art veräussert; so ist der Vertrag an sich gültig, der Käufer erlangt aber dadurch kein Recht gegen den Schuldner, dessen Nomen ihm verkauft ist. Denn dieser Dritte hat gegen ihn keine Verbindlichkeit übernommen. Und auf der andern Seite kann das der Verbindlichkeit correspondirende Recht nicht auf ihn übergehen, weil es als unkörperlich keinen Veränderungen der Lage unterworfen ist (1).

Ein Vertrag über die Veräusserung des Nomen ohne Zustimmung des Schuldners (denn willigte er ein, so würde dadurch eine neue Verbindlichkeit entstehen, wie bei der Delegation) bewirkte daher nur ein Recht gegen den Veräusserer, vermöge dessen dieser verbunden war, ut, e. g. emtori, actio-

(1) Conf. Huber. ad J. III, 27. 2. ad D. XVII, 1. 4. Vinn. ad J. p. 864.

nem cedat d. h. daß er ihm einen Auftrag mache, sein Recht in seinem Namen als Procurator (in rem suam) geltend zu machen (2). Der Erwerber gelangte also erst durch einen Umweg zu dem Vortheil des an ihn verkauften, verschenkten, vermachten u. s. w. Rechts (3).

Nachdem man aber bereits bey der Verpfändung des Nomen von der Strenge des Rechts abgewichen war und dem Pfandgläubiger, ohne ihn als Mandatar des Verpfänders zu betrachten, ein Recht gegen den Dritten, der sich gegen ihn nicht verbindlich gemacht, beigelegt hatte; so ward, nach dem Bei-

---

(2) L. 23. pr. D. de hered. vel act. vend. L. 2. §. 5. D. fam. ercisc. Aus der erstern Stelle erhellet, daß actionem cedere und *jus* cedere (nicht jus agendi, wie man gewöhnlich spricht) gleichbedeutend sey. Und aus der letztern und mehrern andern, z. B. L. 3. §. 5. D. de in rem verso L. 76. D. de solut. geht hervor, daß cedere actionem und mandare actionem synonima sind.

(3) Nach L. 19. D. de hered. vel. act. vend. kann er auch aus dem mit dem Cedenten geschlossenen Vertrage diesen nöthigen, daß er den Schuldner (durch die Form der Acceptilation) seiner Verbindlichkeit entlasse. Und denselben an ihn, den Cessionar, verweise? wie Westphal (Lehre des gem. Rechts vom Kauf u. s. w. §. 827.) glaubt. — Nein, davon sagt das Gesetz nichts. Es heißt bloß: ut vel acceptum ei faciat. Sogar dies kann er verlangen, z. B. wenn er die Absicht hat, dem debitor cessus ein Geschenk zu machen. Im entgegengesetzten Fall wird er es aber nicht thun, weil, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners aufhörte, zugleich sein eignes Recht aufhören würde.

spiel des Pfandgläubigers (4), bey demjenigen, an den ein Nomen veräussert worden, dasselbe eingeführt. Es ward ihm, wie jenem eine actio utilis, — wahrscheinlich deshalb also genannt, weil sie gegen die Strenge des Rechts *propter utilitatem* eingeführt ist — beigelegt.

Hiedurch ward nun zwar jener Grundsatz, daß Rechte nicht übergehen, ausser auf Erben, an sich nicht aufgehoben, denn er liegt in der Natur der Sache und also ausser dem Bezirk eines positiven Gesetzes — das Recht des Cedenten dauert fort, des auf Veräusserung gerichteten Vertrags ungeachtet, — actio directa penes eum remanet, — aber dieses Recht wird durch die vom Schuldner entgegenzusetzende exceptio doli unwirksam gemacht (5). Und in effectu ist es bekanntlich einerley, ob das Recht ipso jure erlischt oder durch eine Einrede unwirksam gemacht wird (6). Auf allen

(4) L. 7. et 8. C. de hered. vel act. vend. — Dies hätte freilich auch aus der Constitution Antonins, wornach im Allgemeinen in Fällen, wo eine Cession (im Sinne des Röm. Rechts) nöthig war, ohne diese, statt der directen Klage, eine actio utilis eingeführt ward, L. 16 D. de pactis L. 77. de legatis 1. L. 1. §. 13. D. de tutelae et rat. distrah. abgeleitet werden können. Oder ward auch sie durch das, was durch die Verpfändung des Nomen Rechtens geworden, erst veranlaßt? —

(5) Arg. L. 16. D. de pactis.

(6) *L. 112. de R. J.* Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

Fall gehört das, was der Dritte schuldig ist, oder der Vortheil des Rechts an den Cessionar und er schließt den Cedenten selbst dann davon völlig aus, wenn er sich von diesem eine Vollmacht zur Wahrnehmung des veräusserten Rechts hat geben lassen(7), eine Maaßregel, deren es seit Einführung der actio utilis nicht mehr bedarf.

Dies voraus geschickt, wollen wir zuerst untersuchen, worin die Veräusserung und die Verpfändung des Nomen übereinkommen, dann, worin sie von einander abweichen.

Beide, derjenige, an den ein Nomen veräussert und derjenige, dem es verpfändet ist, haben ein eignes Recht, dasjenige von einem Dritten zu fordern, wozu dieser sich nicht gegen sie, sondern gegen einen andern vrrbindlich gemacht hat, ein Recht, was ihnen vom ersten Gläubiger wider ihren Willen nicht wieder entzogen werden kann. Bey der Cession sowol, als bey der Verpfändung des Nomen dauert das Recht des ursprünglichen Gläubigers an sich fort. Bey beiden bezahlt der Schuldner, solange er von der geschehenen Veräusserung und, beziehungsweise, Verpfändung nicht unterrichtet ist, mit Sicherheit an den ursprünglichen Gläubiger und daher ist es bey beiden gleich rathsam, daß der folgende Gläubiger dem Schuldner von der geschehenen Veräusserung oder Verpfändung, gerichtlich oder aussergerichtlich, die Anzeige machen (8). Endlich

---

(7) L. 55. D de proc.

(8) L. ult. D. de transact. — L. 4. C. quae res pign.

fordern beide, wenn diese Anzeige unterblieben ist und der Schuldner dem ersten Gläubiger gezahlt hat, das Bezahlte von dem Besitzer wiederum ab (9).

Worin dann sind die Veräusserung und Verpfändung des Nomen von einander verschieden?

Bey der erstern dauert das Recht des Cedenten zwar an sich fort, aber wegen der ihm entgegenzusetzenden Exceptio doli ist es so gut, als wenn es aufgehört hätte (10). Ihm steht durch sie eine peremtorische Einrede entgegen, sowol vor als nach der dem Cessionar vom debitor cessus geleisteten Zalung. Es ist daher nicht nöthig, sich auf mores hodiernos zu berufen und daraus herzuleiten, daß kein Recht bei dem Cedenten zurückbleibe (11). Schon nach Römischem Recht ist das Recht des Cedenten fernerhin ohne Wirkung (12) und er nicht

---

(9) L. 23. §. 1. D. de hered. vel act. vend. — L. 13. §. 2. cit. de pign.

(10) Die exceptio doli setzt — wie jede andre exceptio juris — ein an sich fortdauerndes Recht voraus, was dadurch unwirksam gemacht wird. L. 12. D. de doli mali et metus exc. Donell. Comment. lib. XXII. cap. 6. n. 20. 30. 40.

(11) Wie z. B. Voet ad D. lib. XVIII. tit. IV. 17. und Schilter exercit. 30. §. 64. thun.

(12) Diesem steht die L. 3. C. de novat. nicht entgegen. Zwar redet sie nicht von einem Mandato exigendae pecuniae, einer Assignation, wie Voet c. l. n. 15. meint, sondern von einer Datio (nominis) in solutum. Allein dennoch bestätigt sie nur, was im Text gesagt ist. Das Recht des Cedenten dauert an sich fort und daher kann er

im Stande, den Schuldner zur Zalung zu nöthigen oder das einmal veräusserte Recht an andre aufs Neue zu veräussern, wenigstens würde das Recht des neuen Erwerbers ebenso wirkungslos seyn, wie das seines Vorgängers.

Dagegen bey der Verpfändung des Nomen dauert das Recht des Pfandschuldners nicht nur an sich fort, sondern auch die Wirksamkeit desselben ist nicht aufgehoben, nur einstweilen verschoben. Ihm steht keine Exceptio perpetua s. peremtoria entgegen, sondern nur eine Exceptio temporalis s. dilatoria. Sie wird erst peremtorisch, wenn der Dritte dem Pfandgläubiger Zalung geleistet hat. Solange dies nicht geschehen ist, bleibt jener Gläubiger, wie derjenige, der eine körperliche Sache verpfändet hat, Eigenthümer bleibt; er behält das verpfändete Nomen in bonis, kann es, der Natur des Pfandrechts gemäß, veräussern, an andre verpfänden; jedoch unbeschadet des Rechts des Pfandgläubigers.

Dies liegt in der verschiedenen Art der von den Contrahenten geschlossenen Verträge. Bey der Veräusserung des Nomen soll, nach der Absicht der Contrahenten, das Recht des Cedenten gänzlich aufhören und in der Person des Cessionarii wiedererwachen, bey der Verpfändung desselben

---

davon Gebrauch machen. Da aber in dem angeführten Rescript ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß die Denunciation unterblieben sey, so erhellet daraus, daß es bloß zufällig sey, wenn der Cedent **mit Wirkung** von seinem Rechte Gebrauch macht.

soll das Recht des Verpfänders fortdauern und das Recht des Pfandgläubigers nicht mit Ausschluß jenes Rechts des Pfandschuldners, sondern neben ihm bestehen.

Bey der Veräusserung des Nomen soll der Erwerber sich das Object oder den Vortheil des Rechts zueignen, hier bey der Verpfändung soll es ihm nur Sicherheit gewähren, es wird aber, auch nachdem er zum Besitz desselben gelangt ist, an sich nicht das seinige.

War nämlich das verpfändete Nomen ein Debitum pecuniarium, so darf er das, was er beigetrieben, gegen das, was er zu fordern hat, aufrechnen; — vorausgesetzt, daß die Erfordernisse der Compensation überhaupt vorhanden sind. Darin liegt es aber, daß er, welcher Gläubiger seines Schuldners war, nun auch Schuldner seines Gläubigers geworden sey, obgleich er in demselben Augenblick aufhört, das eine oder das andre zu seyn. War aber die res debita eine körperliche Sache, eine species, so wird sie nicht die seinige, sondern er erlangt nur ein Pfandrecht an dieser Sache, die in das Eigenthum des Schuldners übergegangen ist.

Als eine Folge davon, daß bey der Veräusserung das Emolumentum juris an den Cessionar gehört, bey der Verpfändung an den Pfandschuldner, kann man es betrachten, daß bey der erstern den Cessionar der Schade trifft, wenn der Schuldner nicht fähig ist, die Schuld abzutragen (13).

---

(13) L. 4. D. de hered. vel act. vend. L. 74. §. 3. de evict.

Anders ist es bey der Verpfändung; hier ist das Nomen auf die Gefahr des Verpfänders gestellt (14) und der Schade der Zalungsunfähigkeit des Schuldners trifft ihn hauptsächlich, den Pfandschuldner nur insoferne, als er dadurch an Sicherheit verliert, wohingegen seine Forderung an den Pfandschuldner erhalten bleibt.

Eine andre Folge jenes Grundsatzes besteht darin, daß, wenn beyde, der Cessionar und der Pfandgläubiger, das, was der Dritte an seinen Gläubiger auf das veräusserte oder verpfändete Nomen bezahlt hat, abfordern, der Cessionar es fordert, weil es das Seinige werden, der Pfandgläubiger, weil es ihm hat Sicherheit gewähren sollen. Er fordert es daher als Pfand mit der Actio hypothecaria.

---

(14) Mev. P. IX. dec. 168.

Greifswald,
gedruckt bey J. H. Eckhardt, Kön. Direct.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gesterding, Franz C.,

Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts nach Grundsä
tzen des Römischen Rechts

Greifswald 1812

J.rom.m. 222 nf
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566700-8